中国土地使用权制度

陈 健 著



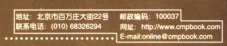


● ISBN 7-111-11603-8/D·73

封面设计／电脑制作：饶 薇



定价：22.00元



中国土地使用权制度

陈 健 著



机械工业出版社

本书以民法物权基本理论为出发点，对我国土地法律制度加以分析和研究，试图从土地所有人和用益物权人的基本民事权利及其相关法律制度构建的角度，对我国土地法律制度的改革和完善进行民法理论研究。在论述过程中，主要使用了比较分析方法、历史分析方法并吸收借鉴了相关学科，如哲学、发展经济学、制度经济学的研究方法，旨在阐述我国土地使用权制度构建与完善所应采取的权利体系、权利配置制度，从而完善我国土地使用权制度的法律规范。本书适合法学专业学生、土地执法等有关人员阅读。

图书在版编目（CIP）数据

中国土地使用权制度/陈健著．—北京：机械工业出版社，2003.1

ISBN 7-111-11603-8

Ⅰ．中…　Ⅱ．陈…　Ⅲ．土地使用权—土地制度—中国　Ⅳ．D922.335

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 005231 号

机械工业出版社（北京市百万庄大街22号　邮政编码100037）
责任编辑：梁代军
封面设计：饶　薇　责任印制：路　琳
北京机工印刷厂印刷·新华书店北京发行所发行
2003年3月第1版·第1次印刷
1000mm×1400mm B5·8.25印张·316千字
0 001—4 000册
定价：22.00元

序

在我国市场经济条件下，国家的法制建设的重中之重当属民法典，而民法典的核心与支柱性制度当属物权法，制定完善的物权法，意味着我国整个民事法律体系的最终建立。土地所有权和使用权问题，是我国进行物权立法的重要问题。作为“财富之母”的土地，我们为其付出了太多的代价和艰辛。以农村土地承包经营权为例，自农村集体经济组织建立以来，农村土地采取集体所有、集体耕种的方式，因平均主义的分配形式，使农民的生产积极性长期无法充分发挥，这种将农民固定于土地的集体生产方式，伴随着整个国家行政权力对集体经济干预的强化，导致了我国在特殊的历史时期经济发展的持续扭曲。在实行了农村土地承包经营制度之后，农民的生产积极性提高了。但随着时代的发展，新的问题相继出现：整个国家的工业化、城市化的发展，对农村土地造成进一步的侵蚀；农业生产长期低迷，无法适应时代发展的要求；农村土地使用权的集体所有与行政管理模式，难以应对权利化日益显著的市场经济社会，等等。因此，多元主体自主决策，通过市场配置资源的经济体制必将代替政府一元主体集中决策，通过计划配置资源的经济体制。土地必将以设定他物权的形式转化为私权客体，并进入市场，以此作为增强国力和实现他物权人利益的有效法律制度。只有这一法律制度才能达到还权于民，发展生产力，藏富于民，民富国强的目的。在国有和集体所有的财产上合理配置民事权利，就可以使更广大的劳动者获取与生产资料相结合的权利，使公平与效率在新的基础上获得相对的统一，也使社会主义市场经济的民事主体得到空前扩大，自由活动空间空前扩张，为探索社会主义条件下人的解放的道路开辟光辉的前景。

从农村土地使用权作为一种财产的角度来说，土地使用权真正归于农民，所有权为国家或集体所有，设置长期稳定的农村土地使用权，这就叫“公共财产作为私权客体”的长期化。其益处在于，土地变成了使用权人的财产，使得长期以来我国农村土地仅具有使用价值的状况发生改变，使农村土地具有交换价值，可以进行出租、转让、抵押、继承等。土地本身的使用价值和交换价值，就都成了权利客体的内涵。如果土地没有交换价值作为它的内涵，就不是真正的财产。因为，从所有权起源来看，交换价值的发现是所有权起源的历史渊源，没有交换价值，所有权也是不重要的。这就是市场经济条件下对所有权的新理解。

但也应当看到，土地物权立法是一把双刃剑，如将土地承包经营权物权化后，由于土地的可转让性会得到发展，这必将会导致土地积聚、土地垄断以及土地资本现象的出现，一些农民失去土地的情况也会发生。但土地物权立法本身就是以国家所有权为基础的，故土地的集中不会导致所有权发生变化，而且

土地承包权又是有期限的，当期限届满，国家或集体对其所有的土地能够再次设置新的土地使用权，不会使土地的集中和垄断永久化。同时，为了保障我国社会主义事业的正确方向，必须对土地使用权设置目的，采取公法上的限制，保障土地使用者的正确使用，保障我国社会主义改革沿着正确的方向发展。此外，还需要在物权立法之时，采取各种措施，比如将农村土地使用权股份化，实现适度规模经营，以切实保障农民的利益；在社会工业化发展的进程中，采取各种措施，如限定因公共利益征用土地的范围，提高土地补偿费及完善社会保障措施等，以满足农民基本的生活需要，从而为国家经济建设及物权立法提供制度保障。

陈健同志在我的指导下攻读博士学位，他的《中国土地使用权制度》一书是在其博士学位论文基础上修改、充实后完成的。他对中国土地使用权制度进行了长期、系统的研究，并结合各国土地制度立法进行了比较研究，对我国国有土地使用权和农村集体土地使用权的性质、功能、内容及制度设计等问题都提出了独到的见解。相信本书的出版会推动对我国土地物权制度的深入研究，本书所提出的见解，将会成为我国物权立法的重要参考。

在本书出版之际，特作序以示祝贺。

杨振山

2002年12月

前　言

我国社会主义公有制下的土地制度已经历了数次变革，目前社会主义市场经济的进程要求我国土地制度进行相应地变革。如何在土地公有制的前提下，促进土地产权配置的合理化，土地利用效率的提高？这一问题的解决需要土地法律制度的逐步完善。土地法律制度不仅仅是一个部门法学就可以涵盖并全部规范的，它需要若干部门法的综合规制；而民法物权理论则是土地法律制度得以顺利发育、成长的基础。

在我国，由于长期以来公有制观念的束缚，不仅压抑了我国基本物权制度的建立和发展，也给整个社会经济发展带来诸多的不确定因素。但是经济的发展毕竟是推动权利观念转变的动力。近十几年来我国土地制度的诸多缓慢而有效的变革表明，我国土地上的权利正向着所有权与使用权相分离的方向发展；所有权与使用权并重，所有权与多种形式的土地使用权相对应的模式正逐步建立起来。这一进程的结果，就是要建立一套完整、稳定的物权制度。在这一过程中，必然会遇到诸多的矛盾和问题需要加以解决，如明确国家土地所有权与集体土地所有权的主体（或代表机关），确定土地所有权与土地使用权人的权利义务关系，使土地的物权立法与行政管理相分离等等。只有解决了上述矛盾和问题，才能建立起我国的土地使用权制度。基于这种认识，本文着重对土地使用权的基本理念、原则、历史演进、权利体系、国家土地所有权与集体所有权的主体（或代表机关）、土地使用权的权利义务关系等方面进行了研究，以期从物权法角度认识现行的土地制度，为建立我国土地使用权制度进行有益的探讨。

在研究过程中，笔者感到我国土地使用权制度是一个刚刚诞生、需要加以全面关注的制度，需要从社会背景、经济发展阶段、法律制度创新等诸方面加以认真、细致、谨慎的创制；法律制度的完善离不开社会经济发展的社会背景与经济环境。在我国土地制度发展过程中，吸收和借鉴传统民法理论中的用益物权制度，结合我国的现实国情，探讨建立符合我国社会经济发展需求的土地使用权制度，是本书追求的目标。

目　录

上　篇



第一章　土地及其使用权基础理论

第一节　土地概述

一、土地的概念

欲研究土地使用权，首先应明确土地的概念。这样不仅可以明确土地使用权所适用的范围，而且有助于加深对土地利用的认识。目前关于土地的概念、组成部分，众说纷纭有：

有学者认为，从土地法学的观点看，土地是一个自然综合体。它是指国家领土范围内的陆地、内陆水域、滩涂、岛屿等一切土地。因其形成的条件不同，可按土地利用分类，分别进行利用。①

有学者认为，土地是因地貌、土壤岩石、水文、气候、植被等所组成的自然综合体，即地球的陆地表层，包括陆地水域。土地是自然历史的产物，也是人类生产、生活必需的条件和宝贵的自然资源。土地比土壤的含义广泛得多，土壤指地球陆地表面具有肥力、能够生长植物的疏松表层，而土地则把土壤及形成土壤的环境因素、地貌、气候、岩石、植被、水文等，视为不可分割的组成部分。②

还有学者采用相当广义的观点，认为土地包括陆地、水文、地上空气层、地下矿产物以及附于地上的阳光、热能、风力、地心引力、雨水等一切自然物和自然力。而这些自然物又可分为有形与无形的两类。有形的指水地和陆地所包含的各种自然物质；无形的是指空气及各种自然力量。简而言之，土地是包括地球表面上下的自然物和自然力。③

联合国粮农组织1972年在荷兰瓦格宁根召开的土地评价专家会议形成的文件"土地与景观的概念及定义"一文认为，"土地包括地球特定地域表面及其以上或以下的大气、土壤及基础物质、水文和植被。它还包含这一地域范围内过去和目前人类活动的种种结果，以及动物就它们目前和未来人类利用土地所施加的重要影响。"④

目前关于土地的定义，存在着横向范围与纵向范围之分，在这两个方面都

---

① 林增杰、沈守愚，《土地法学》，中国人民大学出版社，1989年8月初版，第26页。
② 陈洪博主编，《土地科学词典》，江苏科学技术出版社，1992年11月初版，第1页。
③ 丁之江，《土地经济理论与实践》，杭州大学出版社，1992年12月初版，第3页。
④ ［美］伊利、莫尔豪斯《土地经济学原理》，商务印书馆，1982年版，第19页。

存在着广狭义之争。在横向范围上，最狭义的定义仅限于陆地疏松区域，不包括陆地水体（如湖、江河、沟、渠、水库等）和坚硬的岩石区域（如裸岩、流石滩、戈壁等）；稍广一些的定义认为土地是指陆地表层和陆地水体之总和；最广义的定义甚至将海洋水域也包括在土地的定义之中。在纵向范围上，狭义说认为，土地的主体是地表层，至于上层的气候、下层的岩石及地下水等，是影响土地生产潜力、形成不同土地类型的条件，而不能把这些说成土地本身；广义说则认为应将地面上部的气候层和地下层的岩石、地下水包括进去。目前，经济学界通说认为，土地是地球陆地表面上特定地段，是人类生活和生产的空间。土地是由气候、水文、地质、地貌、土壤和植被等土地要素组成的自然综合体，有其自身形成与发展的规律，土地也是人类过去和现在生产劳动的产物。土地是一个垂直系统，它可分为地上层、地表层和地下层，包括地形、土壤、植被的全部，以及直接影响植被生长的地表水、浅层地下水、表层岩石和作用于地表的气候条件。①

土地的基本特点是：

(1) 土地是一个有机体，它是由众多的要素通过长期自然演化或人类劳动活动而形成的，由地质、地貌、土壤、水文、动植物种类及活动、气候所综合形成的有机体，欠缺其中任何一项要素，都会使土地的使用价值和价值发生改变。因此，土地在被利用过程中，它的状态是无时无刻不在发生改变的，改变的主要动因是人类对土地的积极作用和消极作用。积极作用诸如灌排设备、土地改良、沙漠治理、防护林带、培肥地力、修筑梯田等，消极作用如围海（湖）造田、草场滥牧、水土流失、过量采伐、次生盐碱化、土地沙化等。这些因素与自然因素一道，使土地这一自然——社会综合体发生着良性和恶性的变化。土地使用权流转时，不可忽略土地组成要素的变化。土地使用权人对土地的使用，必将引起构成土地的各种要素的变化，衡量土地使用权人是否对土地进行合理利用，应当从土地的综合性出发加以评断。

(2) 土地具有时间上的变动性。这主要是指对土地的积极作用和消极作用，其影响可延续相当长的时间。对土地的破坏性使用，会造成土地最终丧失使用价值；对土地的投资，会使地力提高，但地力的提高是一个相对缓慢的过程。

(3) 土地具有自然与经济的统一性。随着人类活动范围的扩大，纯粹自然的未经人工改造的土地越来越少，到处都留下人类的印迹。土地作为人类活动的主要场所和对象，在其自然本性上更多地附加了人类的劳动，而成为自然——经济有机体，因而土地越来越多地作为人类劳动成果而出现。

(4) 土地具有利用的准单向性。这主要是指耕地成为建筑用地易，而建筑用地复原成为耕地难，土地复垦很难达到原有土地的质量，土地在利用用途上

---

① 苏璧耀，《土地资源学》，江苏教育出版社，1994年8月初版，第1-2页。

具有准单向性。我国耕地资源相对贫乏，在工业化过程中，不可避免地面临着城乡建设与耕地保护之间的矛盾，土地利用上的准单向性要求我们必须十分谨慎地扩展建设用地范围，运用各种制度保护耕地，稳定我国耕地的保有量。

(5) 土地具有一定限度内的可再生性。在水土保持良好的情况下，土地具有可再生性，土地的地力可以随着劳动投入及自然力的作用而逐渐积累、提高，但在水土保持不良的情况下，土地就会逐渐失去可耕作性。

(6) 土地具有多用性。土地既是人类生产劳动的对象，又是人类生存的基础，在土地用途上具有多元性，土地用途的改变一方面受到土地利用效率的引导，另一方面也受到国家、集体公共利益的制约。

民法意义上的土地应如何进行定义？在《德国民法典》中，"土地"是一种"其内容是从不动产登记簿的角度考虑的法律技术概念"，即只能是可以纳入不动产登记的土地，亦即地产。德国民法中的地产，不能包括不可以纳入登记的地面，如沙漠等。① 有学者认为，"在财产法上，土地并不是地理学上所指的整个陆地地表，而是人们能够利用、控制，并用于创造财富的陆地地表。从横向范围看，它应包括耕地、建筑用地、交通用地、水利设施用地以及林地、山岭、草原、荒地、滩涂及内陆水流用地等地面。人力尚不能利用的沙漠和冰峰雪山，在人们尚未开发之前只能是陆地而不是土地。"② 对于土地的纵向范围，宜采取相对主义理论，"土地的纵向范围应包括地面之上植物、动物生长的一切必要空间，及地面之下植物根系生长所需的空间、凿井汲水的空间。法律规定合法的使用目的是为地上或地下建筑的，土地的纵向范围应该就是法律允许的建筑物的高限和深限，以及建筑物基础工程的稳固性所需的地下空间和建筑物通风透光所需的空间。"③ 也有学者认为，"由于物仅在能被人所支配的范围内才具有法律上的意义，所以土地也应以人力所能支配的地表及其上下为限。"④

在传统民法理论中，关于"物"的定义，郑玉波先生综合各派学说认为，"物者，乃人力所能支配之有机物，而堪充权利之客体者也。"⑤ 陈钪雄认为，民法之物是指"人体以外，人力所能支配，并能满足人类生活需要之有体物及自然力。"⑥ 董世芳认为，"物者，人力所能支配，且能独立满足人类生活需要之有体物也。"其要件有三：①须为有体物，非必占有一定之空间，凡吾人官能所能感觉者，均为有体物，惟权利非物；②须为人力所能支配；③须能独立满足人

① 孙宪忠，《德国当代物权法》，法律出版社，1997年7月初版，第7-8页。
② 孙宪忠，《国有土地使用权财产法论》，中国社会科学出版社，1993年6月初版，第36页。
③ 同注②，第38页。
④ 梁慧星主编，《中国物权法研究》（上），法律出版社，1998年6月初版，第45页。
⑤ 郑玉波，《民法总则》，1979年11月第11版，第186页。
⑥ 陈钪雄，《民法总则新论》，1982年3月版，第351页。

类生活之需要。[①] 我国大陆学者认为，“民法上的物，也就是作为民事法律关系客体之一的物，是指民事主体能够实际支配和利用的，并能满足人们生产和生活需要的物质资料。”[②] 有学者认为，“物是能满足人的需要，具有稀缺性，能为人所支配、控制的物质对象。”[③] 作为物的一种的土地亦应符合民法关于物的定义，即应具有如下要件：①具有可支配性和可利用性；②能够满足人类生产和生活需要，舍此不足以成为民法上的“土地”。此外，要为民法意义上的“土地”概念作出定义，还应解决如下两个问题：①土地的横向范围和纵向范围；②土地与房屋等建筑物的关系。

对于土地的横向范围问题，只要具有可支配性和可利用性，并能够满足人类生产和生活需要的水陆表面，均可包括在土地概念之中，人类未能加以利用与支配的各种土地，如冰峰、沙漠、雪山等不能成为民法意义上的土地；这一观点是比较妥当的。在我国的一个特殊问题是国有土地是否包括上述未能加以支配和利用的土地。笔者认为，国有土地作为国家土地所有权的客体，其依然属于民法“物”的范畴，但国有土地所有权具有双重意义，不仅是民法上的所有权，而且也是公法上的主权，因而人类未能加以利用和支配的水陆表面，可以归于国有土地所有权的范围之内。关于土地的纵向范围，通说采相对主义理论，但对于国有土地来说，其纵向范围是否上至天穹下达地极？笔者认为，国有土地的纵向范围亦应有所限制，对于土地中埋藏的各种矿物，应为国家矿产所有权的客体，而不应归于国有土地的范围。对于国有土地上层空间的高度不应加以限制，但在国有土地使用权转让时应加以限制，以便使公众知悉使用权人的权利范围。

在我国，土地上的定着物是否应为土地的组成部分。在中国台湾民法中，定着物是指依交易上的观念，以继续的附着于土地，而达其经济上之目的，然尚未构成土地成分之物。定着物主要包括房屋、桥梁、铜像、穴窖、隧道、水道、瓦斯之铁管、索道等。石垣、篱笆、庭石、树木、池沟等，不认为是独立的不动产，而认为是土地的一部分。建筑中之建筑物，达于如何程度，始可称为建筑物，应依法规之目的及社会观念决定之。如既已盖房顶而有围壁，社会观念上可认为定着于土地之一个建筑物者，即属于不动产，并不须有地板及天花板。[④] 在中国台湾《土地法》中还有土地改良物的概念。土地改良物包括两种，附着于土地之建筑物或工事，为建筑改良物；附着于土地之农作物及其他植物与水利土壤之改良，为农作改良物。“土地改良物，较民法之所谓定着物之

① 董世芳，《民法概要》，1978年6月再版，第29页。

② 佟柔主编，《民法总则》，中国政法大学出版社，1990年8月初版，第192页。

③ 彭万林主编，《民法学》，中国政法大学出版社，1994年2月初版，第49页。

④ 史尚宽，《民法总论》，1980年1月第3版，第239页。

含义为广。盖定着物须具有独立经济价值之性质，改良物则不问其有无此性质，即附着于土地之构成部分，苟有增加土地之效用者均属之。”[①] 在土地登记时，是将土地及其建筑改良物之所有权与他项权利为登记，而不及于农作改良物。建筑物是指定着于土地上或地面下具有顶盖、梁柱或墙壁，供个人或公众使用之构造物或杂项工作物，杂项工作物是指营业炉窖、水塔、了望台、广告牌、散装仓、广播塔、烟囱、围墙、驳嵌及挖填土石方等工程，依法上述建筑改良物均应登记。在农作改良物中，包括防洪、灌溉、排水、备旱、水运设施等。但学者普遍认为修堤防洪、开渠灌溉等应属于建筑工作物，亦应加以登记。[②]

而在我国大陆，并未明确土地上定着物或土地改良物的概念，仅在土地征收程序中规定对土地上的附着物进行登记并加以补偿。究竟哪些定着物或改良物不属于土地，而哪些定着物或改良物依然视为土地的一部分，还没有明确的规定。笔者认为，应借鉴台湾地区法律的规定，明确规定定着物和土地改良物的概念，规定哪些定着物或土地改良物应进行独立的不动产登记，哪些定着物或土地改良物应视为土地的组成部分。

土地中应包括陆地水体。有学者认为，陆地中的水面是经常变化的，它只是陆地的附属物，广义的土地应该包括陆地中的水面。[③] 陆地水体之所以属于“土地”概念，是由于土地是人类活动的场所和基础，陆地和水面在此意义上的作用相同，水面也是人类进行农业生产的主要生产资料。陆地和水面都可成为人们农业生产的对象，陆地水体已逐渐成为农业生产中的重要场所，是养殖业、渔业生产活动的重要场所。因此，陆地水体作为土地的重要组成部分和附属物，亦应属于“土地”范畴。

综上所述，笔者认为，民法意义上的土地是指具有可支配性和可利用性，并能够满足人们生产和生活需要的水陆表面及其为利用所必需的上下一定范围空间；但地面的某些定着物或土地改良物、地下矿藏不属于土地组成部分。这一范围内的土地属于法律意义上的土地概念，可以作为集体土地所有权的客体。此外，国家土地所具有一定的特殊性，它有权还包括人类未能加以利用和支配的水陆表面和上空，只不过这一部分土地在使用权设定和流转上，不具有任何实际意义。

二、土地利用及其特点

联合国粮农组织土地利用规划工作组将土地利用视为“由自然条件和人的干预所决定的土地的功能。”Vink 在《现代农业中的土地利用》一书中，将土地利用定义为“人类为了从土地获取物质或精神的需要，对土地实行永久或周期

---

① 焦祖涵，《土地法释论》，1983 年 9 月增订六版，第 35 页。
② 同注①，第 34－35 页。
③ 毕宝德主编，《土地经济学》，中国人民大学出版社，1991 年 1 月初版，第 4 页。

性的干预。"[①] 提高土地利用率，是任何一国家在任何时期都应高度重视的问题。土地利用是人类利用土地的自然属性，施加自己的生产活动，从而使土地状况得到提高的过程。土地利用受到自然因素的限制，也受到社会因素的制约。土地利用受自然因素的限制，是指土地利用过程不能脱离土地的自然性质，只能在土地基本状况之上来施加人类的活动。不顾及土地的自然属性，一味强调人类的需要，就会破坏土地的潜在价值。受社会因素制约，是指土地利用是人类的一种社会性活动，科学技术的发展进步，社会需求的巨大改变，法律制度、国家政策的变化都会影响及土地利用的方向，都能够对土地利用率产生积极或消极的影响。

因此，有学者认为，"土地合理利用"，应该是指土地利用方式与利用结构符合土地的固有特征，能够在同样条件下获得最大的经济效益、生态效益和社会效益。三者在一般情况下是一致的、同向的，但有时此三者有不相一致、发生异向的情况。因此，合理利用土地，必须处理好经济效益、生态效益和社会效益三者之间的关系。[②] 有学者亦提出了评价土地利用合理性的四个原则：①最大生产力。使生物群体结构与光热水等资源达到最佳组合，充分利用可再生资源和恒定资源获得最大初级生产力。②维持土壤生态平衡。利用中要保持土壤生态系统中物质、能量的基本平衡，维持和提高土壤肥力，用地与养地结合。③获得尽可能大的经济效益。④最大限度地满足社会需要。[③]

如何达成土地的合理利用（rational utilization of land）？应当明确土地利用所必须遵循的若干基本原则，违反这些基本原则，虽然利用土地有一定的效率，但也难以最高效地提高土地利用率。

（1）因地制宜，发挥地区优势原则。对于农业生产来说，依据本地区的环境状况和资源状况，实现土地利用专业化，因地制宜，发展一种或数种农作物生产，可以最充分地利用本地区的自然资源优势和社会资源优势，充分提高土地利用率。此外，对于宜林、宜牧、宜渔以及其他适宜发展工矿业、商业、旅游业的土地，应及时转变土地用途，以便取得最大的生态、经济和社会效益。

（2）节约用地原则。土地资源具有有限性，尤其在我国耕地资源十分稀缺，节约用地，保护耕地就显得十分重要。为此，学者指出，可采取的主要措施有：一是因地制宜地充分利用一切可以利用的土地，避免土地的空闲、荒芜；二是尽可能做到优地优用，避免优地劣用；三是尽可能严格控制非农业用地标准，避免任意扩大和多占少用、早占晚用、占而不用；四是尽可能实行农业的集约

---

① 林培主编，《土地资源学》，北京农业大学出版社，1991 年 8 月初版，第 87 页。

② 谢应齐、杨子生，《土地资源学》，云南大学出版社，1994 年 9 月初版，第 303 页。

③ 吴国庆，《土地资源利用合理性评价原则：指标体系及其立法初探》，载《国土与自然资源研究》，1991 年第 4 期。

经营，提高农业的现代化水平，提高复种指数，发展立体农业，发展庭院经济；五是尽可能增加非农业部门在单位土地面积上的建筑面积，随着人口密度的增加，城市、工厂建设向空中、地下挖掘土地潜力，实行立体化发展等。[1]

（3）综合效益原则。经济效益、环境效益和社会效益共同构成土地利用的综合效益，土地利用离不开这三种效益的综合平衡。经济效益为主，兼顾环境效益和社会效益，是土地利用保持其合理性，并取得最大效益的基础。只有协调经济效益、环境效益与社会效益，土地合理利用才是全面的，土地利用必须坚持最大综合效益原则。

（4）合理利用原则。对土地的过度利用是制度欠缺的直接后果，良好的土地制度可以促使土地所有人和土地使用人共同关心土地的合理利用。土地利用不当主要表现在重用轻养、只用不养，造成地力衰退，草场过载放牧导致草场退化、沙化严重，对森林采育失调、重伐轻育，造成水土流失，盲目围湖造田，酷渔滥捕、水质污染、破坏水体自然生态系统等诸多表现形态。加强土地的合理利用，只有从土地行政管理、经济引导、权利设置等诸多方面综合配套，才能使土地使用者认真关注土地合理利用，使土地利用进入良性循环，防止土地使用者为利益向土地盲目索取。

（5）农地利用优先原则。在我国农业用地与建设用地相互冲突必将持续整个经济发展的过程之中，制定各种土地利用规则，保护耕地，使农业用地维持相当的规模和数量，并且发挥其生产作用，才能满足经济发展对农产品的日益增长的需求，因而必须贯彻农地利用优先于建设用地的原则。

法律制度对土地合理利用的作用在于：

（1）可以利用法律制度的强制性保障国家土地政策的贯彻实施。土地政策是国家在综合经济发展需求基础上制定的土地长期利用战略，土地政策所要达到的目的需要通过法律制度加以实现，为使因国家的公共利益而制定的土地政策得以实现，国家可以采取必要的强制性法律规定，通过法律制度的强制力促成国家土地政策的实现。

（2）可以利用法律制度保障土地权利的完善。土地民事权利是土地所有人和使用人的基础性权利，通过法律制度使之规范化、完善化，有助于土地的更为合理、有效的利用。

（3）可以利用法律制度保障土地使用权流转的规范化。实现土地使用权的自由流转，有利于优化土地资源组合，促进土地适度规模化经营和农业商品化，有利于提高土地的利用效率，节约土地资源。土地使用权流转制度需要以法律制度使之规范化、制度化，才能避免纠纷的发生，达成土地使用权的合理良性的流动。

---

① 金郑沛主编，《土地管理概论》，浙江科学技术出版社，1993年10月初版，第240页。

（4）以法律制度科学控制土地的合理利用。土地利用是人类为了某种目的，对土地进行的干预活动，即在特定的生产方式下，人类为了一定目的，按照土地的自然属性和社会属性，对土地进行的开发、利用、整治和保护活动。[①] 土地利用结构、土地利用方式、土地利用过程都需要以法律规定的形式加以综合控制，才能形成统一的有机体，促进社会经济的进步，促进土地的合理利用。土地利用已越来越成为一门科学，法律是从制度角度对土地利用的规范化。

第二节 土地使用权概述

一、土地使用权的概念及意义

在传统民法上，将物权分为自物权和他物权，他物权又分为用益物权和担保物权；土地用益物权强调对于土地的使用和收益。在我国，由于长期以来多以土地使用权称谓此种权利，其词意之中已然包含着使用和收益之义，因此，在本文中，土地用益物权以土地使用权代替，作为同义词来使用。土地用益物权，是以土地之使用收益为目的的他物权。所谓使用收益，具体而言就是占有他人之物，就物之实体（主物及从物）加以使用，并获得物之使用所带来的收益。土地使用权，可谓以土地之使用收益为目的之他物权，是就他人所有之土地享有占有、使用、收益的权利。

土地本是人类共同的财富，然而因各国历史、文化之差异，土地在不同国家被分为公有和私有两大种类。国家土地所有制在当今各国日趋增多，国有土地所占比例逐渐提高。在我国，土地采公有制，下分国家（全民）土地所有制和集体土地所有制。然而就所有权而言，集体土地所有权又是土地私有权的一种，甚至在民事领域，国家土地所有权亦可谓土地私有权。无论国家土地所有权还是集体土地所有权，为了提高其利用效率，应使土地所有权与使用权相分离，完善土地使用权制度。在我国，纯粹地用行政手段管理公有土地与将公有土地设定土地使用权两种法律制度渐趋分离，并行不悖。

土地使用权所负载的社会——经济职能及土地使用权的意义和作用可概括如下：

（1）利用他人土地而获得劳动果实。英国著名经济学家威廉·配第曾说："土地是财富之母，劳动是财富之父。"享有土地所有权毕竟是少数人，在社会主义国家每个人都不是法律意义上的土地的所有人，因此通过在土地上的劳动，其成果之分配就显得十分关键。通过土地使用权的制度，明确使用收益的分配方向，完成从土地所有权到劳动成果所有权的转变过程，从而使社会财富通过人们的辛勤耕耘而日趋增多，个人获得生存之所需，劳动之报酬，社会亦因财

① 郝晋珉，《土地利用控制》，中国农业科技出版社，1996年11月初版，第7页。

富的增加而日渐繁荣。

（2）充分发挥土地的利用潜力。土地所有者在自己使用土地和出租土地之外，可以选择采用设定土地使用权的方式以获取利益。一方面因土地使用期限的长期性，他物权人得以安心地投资并进行生产劳动，另一方面因长期性地在土地上设定土地使用权，土地所有者将土地的使用价值交由用益物使用权人，同时保留有土地的交换价值，这同样可以获利，从而使土地所有者充分地发掘土地的潜在价值。这对于尚不具有很高经济价值的土地来说，设定长期性土地使用权是很合理的选择方式。

（3）作为古老而常新的他物权类型，土地使用权能够随着社会经济发展，随着新的土地利用方式的出现而相应地及时用土地使用权加以涵盖并使之法律化，而且土地使用权的内容采物权法定主义，兼顾公共秩序与个人利益之平衡，使得国家可以在新涌现的土地利用方式中及时灌输其公共利益保护的思想，规范社会中出现的土地物权关系。

（4）明确土地使用权人与土地所有权人的权利，切实保护土地使用权人的利益，促进土地的有效利用。土地使用权是土地利用法律制度的重要组成部分，土地所有人与土地使用人建立土地使用的物权关系，有利于稳定土地使用权人对土地的权利，使之更加有效合理地利用土地，提高土地的生产率，同时土地所有人的权利亦会得到法律的更好保障，从而使土地利用摆脱债权关系中的不稳定状态，并在物权关系中贯彻国家的土地思想和目标。

土地用益物权在大陆法系各国均是非常重要的物权制度，通过它，土地权利关系得以确定、明晰，许多社会经济事业得以顺利实现。土地使用权制度在经济生活中发挥着重要作用，对土地使用权制度的研究，是关于土地基础权利的研究，土地上民事权利的完善、规范，不仅有利于民事法律制度的最终建立，而且可以带动其他法律制度，这必将有利于各种法律制度的完善和改进。

二、我国建立土地使用权制度的现实意义

在我国建立土地使用权制度，是我国土地制度改革进一步深化的必然要求，是我国物权法律制度完善和健全的必然要求。建立土地使用权制度，有利于推动我国城乡经济建设的全面发展，有利于促进土地法律制度的尽早建立。

（一）我国土地使用制度改革的已有成就

建国以来，通过接管、没收、公私合营、国家经租等多种形式，将绝大部分城镇土地改造为国有土地，建立了国家土地所有制，从根本上改变了土地所有制形态。在城市中仍有少量土地归集体或个人所有，属于集体的主要是个体劳动者在社会主义改造中以入股形式带入手工业生产合作社等的土地，属于个人所有的主要是个人自住房屋和改造期间国家经租起点以下的私人出租房屋所

占土地。[1] 1982年通过新宪法确立了城市土地归国家所有的制度，最终在城市完全确立了土地国家所有制。在乡村，通过1950年6月《土地改革法》，建立了农民的土地私有制，但又在1951年至1958年期间，相继以生产互助组、初级生产合作社、高级生产合作社的形式，对农民进行社会主义改造，逐步变生产资料私人所有制为生产资料的劳动群众集体所有制，入社社员必须将私有土地及主要生产资料转为合作社集体所有。建立人民公社制度后，基本上确立了土地的集体所有制，但"基本核算单位"未能明确，又于1962年建立了三级所有、队为基础的制度，固定生产队规模、土地、干部、耕畜、农具、林木、大队企业等项目。1978年农业用地的经营方式首先发生改变，在全国推行家庭联产承包责任制；1982年通过新宪法规定农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有，原来由社员享有个人所有权的宅基地、自留地、自留山等亦规定属于集体所有，从而最终建立了土地集体所有制。

我国城市土地使用制度经历了由无偿无期限行政划拨使用到有偿出让国有土地使用权与行政划拨双轨制的过程。国有土地的无偿无期限划拨使用的弊端很多，主要在于：①造成土地利用效率低，大量土地闲置浪费。由于土地使用的无偿性和无期限性，土地使用者就产生了"谁占地用地多，谁就得益多"，"谁占的地就属于谁所有"的认识，于是超过生产需求、使用需求而多占地、占好地、多占少用、早占迟用、占而不用的土地浪费闲置现象出现，[2] 土地利用效率普遍低下，土地使用者并不真正关心提高土地利用水平；②国家本应回收的地租收益流失，土地上所产生的级差地租、增值收益，一方面以国家或城市的其他税利形式转作他用，另一方面被企业占用，使得城市基础建设投资难以收回，直接造成国家财政收入的巨大损失；③造成耕地减少。土地供给，因地产市场的缺乏，不是靠用地存量结构来调整，不是靠重组生产要素配置来解决，不是靠土地使用权重新配置来提供，而主要是靠以农村土地为来源的土地增量来解决。[3] ④土地无偿无期限使用，使正常的土地流转渠道堵塞，土地的非法买卖、出租、变相买卖现象大量存在，土地隐形市场的存在，破坏了国家土地管理秩序。土地的行政划拨使用也造成了城市合理规划、土地优化配置的困难，大量行政单位、企事业单位占据城市中心地带，不利于城市土地利用结构的优化。为此，急需改革我国城市土地使用制度。1980年关于中外合营企业建设用地早已采取收取场地使用费的做法，中外合营企业用地，不论新征用土地，还是利用原有企业的场地，都应计收场地使用费；场地使用费，可以作为中国合营者

① 课题组，《土地制度研究》，武汉出版社，1993年11月初版，第10页。
② 杨继瑞，《开发城市地产业的理论思考》，载《中国社会科学》，1990年第2期。
③ 胡文政，《地产供求与中国的经济发展》，陕西人民出版社，1995年1月初版，第140页。

投资的股本，也可以由中外合营企业按年向当地政府交纳。[①] 1982年，深圳经济特区开始按城市土地等级向土地使用者收取不同标准的使用费，1984年，抚顺市、广州市也开始采取这一制度，但土地不能自由流通。1987年9月9日，深圳经济特区首次将5321．8平方米的土地使用权以协议方式出让给中国航空进出口总公司深圳工贸中心，为期50年，出让价格为106．4万元；1987年12月1日，深圳市政府又将面积为8588平方米的土地使用权出让给深圳房地产公司，期限50年，出让金为525万元。[②] 至此，国有土地使用权有偿使用制度开始实施，随后于1988年4月12日，全国人民代表大会通过宪法修正案将“任何组织或者个人不得侵占、买卖、出租或者以其他形式非法转让土地”的规定修改为“任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地，土地的使用权可以依照法律的规定转让。”1988年12月29日相应修正了《中华人民共和国管理法》，制定了《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》、《土地管理法实施条例》、《城市房地产管理法》，关于城市国有土地使用权的法律规范日趋完善。

国有土地使用制度由无偿无期限过渡到有偿有期限的国有土地使用权，使土地使用权的重要性凸显出来。在经济效果上，国有土地的有偿使用制度的益处在于：①促使土地使用者珍视土地资源，充分合理利用土地，尽可能在较少土地上，利用较少的固定资产投资创造最大化的利用效率和价值；②合理配置土地，因地价差距逐渐拉大，不同行业的企业逐渐选择合理位置发展生产，使城市中心地带的土地利用率增长，也使城市边缘地带的土地价值增加，城市土地得以合理利用；③有偿使用制度可以调节国家与企业及其他用地者之间的收入分配关系，使因土地位置等条件给经营者带来的收入上缴给国家，使占地较多、位置较好的企业与占地较少、位置较差的企业处于竞争的同一起跑线上，使国家能够在较大程度上谋求社会收入分配的平等。[③] ④城市建设资金进入良性循环轨道，市政建设投资力度加强，扩大了旧城改造面积，提高了市民住宅建设。

目前，农村集体经济组织所有土地的使用制度采取土地承包经营制度。农地承包经营制的实施，将农地经营的基本单位变成独立的家庭，将农地均分到户，从而实现了人地的具有我国特色的结合，这是适合我国现阶段农村生产力发展水平的。土地承包经营的实施，极大地调动了农民的生产积极性，促进土地利用率的提高，使农民的生活有了相当大的改善，使国家农业生产连年取得丰收。土地承包经营权的确立，使农地所有权与使用权实现了初步分离，使农

① 1980年7月26日，国务院发布《关于中外合营企业建设用地的暂行规定》第1条、第4条。
② 吕来明，《走向市场的土地》，贵州人民出版社，1995年4月初版，第66－67页。
③ 课题组，《土地制度研究》，武汉出版社，1993年初版，第22页。

业经济呈现出双层经营体制，集体经济组织的实力亦有所增强。更为重要的是，农业经济的稳步增长，带动了农村产业结构、就业结构的变革，使我国迈进农业现代化的初级阶段。1998 年 10 月 14 日中共十五届三中全会通过了《关于农业和农村工作若干重大问题的决定》，确定要坚定不移地贯彻土地承包期再延长三十年的政策，同时要抓紧制定确保农村土地承包关系长期稳定的法律法规，赋予农民长期而有保障的土地使用权，我国农村土地使用制度必将出现新局面。

（二）我国土地使用制度的矛盾和问题

城市国有土地的有偿使用，部分地解决了旧有的弊端，但新的矛盾和问题却层出不穷：

(1) 对耕地的乱占滥用加剧，各类开发区的审批过多过滥，各级人民政府越权审批、审批权层层下放造成耕地被圈占现象逐年加剧，通过城市国有土地有偿使用调整城市土地用地的合理配置，充分利用城市土地的目标没有达到，相反，助长了城市规模的盲目膨胀，占用了大量的良田沃土。

(2) 集体经济组织和农民的利益未能得到很好的保障，在以公共利益征收集体土地时，不可避免地侵犯了集体经济组织和农民的利益。国有土地征收与集体经济组织土地所有权之间的关系，一直未能得到很好解决。

(3) 有偿使用制度主要通过土地使用费的等级来调节企业的土地占用行为。由于经验不足，理论准备不够，现在很多城市收取的土地使用费水平偏低，国家现行规定的土地使用税标准也只有 0．1 元/m² ~ 10 元/m²，不少城市又是从低掌握，过低的土地使用费标准起不到调节企业用地行为的作用。①

(4) 旧城开发进度缓慢，城市用地倾向于外延型发展，忽略了城市旧区的土地利用。客观困难在于旧城开发改造需要拆迁安置，投资大，关系复杂，法律法规存在空白，旧城区设施落后，建筑低矮陈旧，土地利用率低，而新城区又普遍存在土地闲置、浪费现象，利用国有土地使用权有偿使用制度达到提高土地利用效率的目的尚未达到。旧城改造及其土地使用权关系的理顺，依然是一个重要课题。

(5) 土地使用“双轨制”的存在，使得企业不能进行平等竞争，同时使土地投机行为盛行，房地产隐形市场依然存在，如利用行政划拨土地建筑楼宇出

---

① 课题组，《土地制度研究》，武汉出版社，1993 年初版，第 23 页。从 1998 年 9 月 1 日起，海口市土地出让价格将由目前的总价位下调 30%左右，其中部分地块的出让价格下调幅度达 60%。这次调整，对工业用地、高科技产业用地以及旅游用地实行了很优惠的倾斜政策。工业用地协议出让时，除按国家有关规定支付征地 3 项补偿费、耕地占用税、菜地开发基金和征地管理费外，只按每平方米 10 元收取土地使用权出让金。高技术工业项目用地和国家、省、市重点扶持的工业项目用地，按每平方米 2 元收取土地使用权出让金。为了鼓励发展旅游项目，特别是鼓励发展旅游景点和旅游设施，按同级路段、区片居住用地价格的 30%至 50%确定旅游用地的协议出让价格，旅游用地价格实际上仅相当于成本价。载《中国土地报》，1998 年 9 月 15 日。

租，转租行政划拨土地或以联合建房分房的形式套取不正当利益的行为普遍存在，然而土地使用的双轨制至今尚难于完全取消。

（6）土地权利关系欠缺明确的分类，土地使用权的地位、种类、内容和限制，使用权人的行为规范和相互间关系等，缺乏明确和科学的规定，同时土地行政管理方面，部门之间和上下级之间分权不明确不合理，管理规章不统一不健全，[①] 国有土地使用制度亟待从法律上加以更为明确具体的规定。

我国农村土地承包经营权制度的弊端在于：

（1）土地平均分配，使得每户农地数量较少，土地收入不能成为农户的主要经济来源，但土地又不愿放弃，这样农地粗放经营，撂荒严重，土地利用效率低。

（2）承包土地变换频繁，农民没有安全感，造成对土地的破坏性使用，土地投资减少，土地使用和经营上的短期行为较为普遍。

（3）发包方统得过死，使农民失去了土地经营的自主权。在承包经营合同关系中，发包人实际上拥有很大的干预生产经营的权利，并且这种干预与发包人的行政权力往往混为一体。

（4）承包经营权的法律规定过于零散、模糊，农民自发地创造了许多土地使用形式，土地的转让、转包也缺乏法律规定，使得农村土地使用权法律关系日趋混乱。

（5）集体经济组织与农民的权利义务关系不明确，两者的关系还未能用法律形式加以明确化、规范化，致使农民利益受到集体及其代表的侵害。

（6）农地经营规模过小，不利于农业科技和设施的应用，限制了农地适度规模经营，使得农地综合利用水平难以提高。

（三）我国建立土地使用权制度的意义

从十几年来我国城市与农村的土地使用制度改革来看，关键问题在于土地制度改革中民事法律规范的不明确和规范的欠缺。长期忽视民事法律规范的作用以及对土地公有制进行物权法规范的禁忌，是我国土地使用制度形成今天的现状的主要原因。与土地有关的各种民事法律关系，如土地转让、出租、抵押等都受到土地公有制的限制，此外，正如有学者所指出的，“过分强调了国家与集体土地所有权的绝对性，不承认土地所有权以外的其他土地上的权利，任何人利用土地从事营利活动都被认为是对国家或集体土地所有权的侵犯。……在法律观念上仅仅注重所有权确认权利归属的功能，忽略了它促进财产动态利用、资源优化配置的功能，从而使土地成为一种僵死的财产。”[②] 在我国城市与农村的土地使用制度中，另一个突出的问题在于土地使用权的民事法律规范不系统、

① 王卫国，《中国土地权利研究》，中国政法大学出版社，1997年5月初版，第154页。

② 吕来明，《走向市场的土地》，贵州人民出版社，1995年4月初版，第65页。

不完善。这一方面是由于土地使用权制度刚刚创制，各种法律制度还难以全面建立起来，另一方面还由于国家对土地使用权作为一项物权制度重视不够。

解决目前土地使用制度中的诸多矛盾和问题，最有效的措施就是适时建立我国的土地使用权制度，赋予各类土地使用者以真正民事意义上的物权，才能使土地使用者享有清晰明确的权利，从而有利于在民事活动中切实保护好土地所有者与土地使用者双方的利益，有利于民事活动中民事法律行为的稳定，减少交易中的纠纷。同时，在农村，建立土地使用权制度，是一件具有历史意义的事件，是我国农村土地制度的一项制度性变革，赋予农民以土地使用权，享有真正意义上的民事权利，可以使农民成为真正意义上的民事主体，提高农民的法律地位和社会地位。更为重要的是，土地使用权的建立，可以改变长期以来我国农村中土地权利关系不清晰的局面，在相当大的程度上使民事权利在中国得到建立与推广，其社会意义和历史意义是相当深远的。此外，建立土地使用权制度可以从根本上改变目前我国土地使用权制度的诸多矛盾和问题，建立一个和谐统一的土地使用权体系，有利于我国土地制度的完善和发展，有利于物权制度在我国的最终确立。

我国目前实行的城市土地使用制度与农村土地承包经营权制度尚有待于向土地物权制度过渡，在权利的设定、转让、终止、登记等诸多方面加以系统规范，在国家土地所有权和集体土地所有权之上建立起我国的土地使用权制度。正如有学者所指出的，“我国现行的具有物权法性质的土地使用权制度，是为使用国有土地和集体所有的土地而创设的，属于物权法上的用益物权制度。根据现行土地使用权制度的缺陷以及用益物权制度的特性，以系统的用益物权制度替代与完善现行的土地使用权制度，是我国土地使用权制度变革中的必然选择。”[①] 目前，随着城市和农村土地使用制度的逐渐深化，农村土地承包经营权期限的延长，国家农地政策要求抓紧制定确保农村土地承包关系长期稳定的法律法规，赋予农民长期而有保障的土地使用权，切实保障农户的土地承包权、生产自主权和经营收益权，使之成为独立的市场主体，建立我国土地使用权制度的时机已经成熟。建立系统完善的土地使用权制度以取代目前的国有土地使用制度和农村土地承包经营权制度是我国土地制度深化改革的必然结果。

① 梁慧星主编，《中国物权法研究》（下），法律出版社，1998年6月初版，第616页。

第二章　土地用益物权的历史演进

土地使用权在大陆法系各国的传统民法之中，多以土地用益物权制度的形式加以研究。大陆法系各国的土地用益物权，其最初来源于罗马法，其间经历了漫长的欧洲封建主义时期，在这一时期，土地所有权与土地用益物权之概念完全消灭。随着土地所有权概念的重新创设，土地用益物权制度亦随之得以重建，并为大陆法系其他国家所吸收和移植，形成了适合各国土地状况的土地用益物权制度。

第一节　罗马法中的土地用益物权

用益物权在各国法典中均未出现，它不是一个法典术语，而是学者们用以统称地上权、地役权、永佃权、典权、用益权、使用权等以他人之物的使用收益为目的的他物权的学理术语。在罗马法及大陆法系各国更常用的是役权（Servitutes）概念。役权的本义是所有权的一种负担，是为特定的土地或特定人的便利和收益而利用他人之物的权利。[①] 役权是罗马法中土地用益物权的重要组成部分。

罗马法中最古老的役权是乡村地役权，属于要式物（res mancipi）。要式物是“具有较大价值的物”，是只能通过要式买卖（mancipatio）或拟诉弃权才能转让的物，其占有或让渡要严格遵循庄严公开的形式。“要式物最初体现着家族共同体的社会所有权，即早期的真正所有权。”[②] 要式物与略式物这一极为古老的物的分类，体现了早期财产归家父行使主权的特点。要式物与“要式买卖权”是相联系的，在家父行使主权的时代，只有家父享有“要式买卖权”，“这种权力曾是一种涉及要式物和隶属于家父的自由人的统一主权，因此它的对象是意大利土地及其附属品（通过役权和排水役权产生于这样一种观念：土地所有主对位于他人土地上的通道和水渠也拥有所有权）、隶属于家父的自由人和奴隶，以及处于支配权之下的牲畜。”[③] 周枏先生对乡村地役权之所以列入要式物，认为这是由于土地公有制的土地使用规则演变而成的，“罗马古时，土地属于村社公有，分给各个父权制大家庭耕作后，各个土地使用者为了耕种的便利和其他需要，对已分割的土地，在使用时仍保持未分割前的状态。《十二表法》第 7 条已

---

① 周枏，《罗马法原论》（上），商务印书馆，1994 年 6 月初版，第 360 页。

② ［意］彼德罗·彭梵得，《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社，1992 年 9 月初版，第 191 页。

③ ［意］朱塞佩·格罗索，《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社，1994 年 4 月初版，第 110 页。

有关于通行、导水等的规定，只是尚未形成地役权的观念，认为役权即为所有权，例如对通行的道路，流水的水沟，利用者可享有共有权。故耕作地役很早便被列为要式移转物。”[①] 朱塞佩·格罗索的论述亦证明这一点，最古老的观念认为，从他人土地上穿过的道路或输水管道归土地所有者所有，这是一种同被穿越的土地的所有主共同享有所有权的形式，体现着最古老的权力形式。[②] 列入要式物的乡村地役权，包括个人通行权（iter）、负重通行权（actus）和道路通行权（via）等三种通行权（iura itinerum）和用水权（iura aquarum）。

随着社会经济的发展，役权的种类逐渐增多，在法学上役权也从要式物概念中脱离出来，而成为一项独立的权利。“历史的发展触及到对这种权力内容的定性，通行道路和输水管道的共同所有观念转变为在他人土地上为自己土地的利益通行或引水的权利。”[③]由此，地役权（iura praediorum）概念得以产生。

城市地役权是在早期独立住宅消灭之后逐渐产生的。根据早期罗马市民修建住宅的传统，应在房屋周围修设围栏（ambitus），相互间应空出5英尺距离。但公元前390年罗马受到高卢人的入侵，城市被毁，高卢人被打退后，罗马人重建家园，由于人口增多，土地有限，新建房屋多毗连，不再遵守建筑间空出5英尺通行道的传统，于是产生了支撑地役、禁止妨碍光线地役等各种建筑地役权。[④] 这样就形成了与乡村地役权相对的城市地役权（iura praediorum urbanorum）。在古典法中，随着地役权的发展，法学理论不时地确定哪些属于乡村地役权，哪些属于城市地役权，以便用名称将它们相互区别开来并使役权总是保持它的明确性和典型性。但在新的领土上，役权不再是典型的。在更多情况下，役权的特性取决于土地的性质，即主要地取决于需役权，而供役地只产生次要的影响。城市地役权和乡村地役权不再是确定的，而变成相互混合的。[⑤]

在地役权中，逐渐产生了一种“特殊役权”，即具有地役权内容的人役权。古典法学家将这些役权解释为债权，现时的所有主或死者的继承人有义务接受依此权利而实行的通行等等并对设置的障碍负责。[⑥] 此种人役权（servitutes personarum）包括用益权、使用权、居住权和使用奴隶与牲畜劳作的权利。人役权多被家长用于处分遗产以照顾特定的人，其使用越来越多，在共和国末年出现了“人役权”的概念，最终被优士丁尼列入役权范畴之中。[⑦]

---

① 周枏，《罗马法原论》（上），商务印书馆，1994年6月初版，第360页。

② ［意］朱塞佩·格罗索，《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社，1994年4月初版，第114页。

③ 同注②

④ 同注①，第361页。

⑤ ［意］彼德罗·彭梵得，《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社，1992年9月初版，第253页。

⑥ 同注⑤，第256页。

⑦ 同注⑤，第252页。

罗马法的地上权是为了解决罗马土地所有权固有观念与现实经济情况的矛盾而产生的。它首先在国家土地上实行，而后在各城市土地及私有土地上实行。依罗马法观念，不动产所有权就像是一块小领地，一切附加和进入土地的物都必然地（ratione naturali）作为添附归土地所有主所有，因而，建筑物的所有权非地皮所有主莫属。但是，这一原则势必随着城邦的成长和建筑业的发展而表现出严重的弊端。为此，最初解决的办法是，土地所有主依然是建筑物所有主，但允许地上权受益人（superficiario）获得类似于“现状占有（Uti possidetis）令状”的文件，以保护自己对建筑物的享用（frui）。[①] 在以后的发展中，地上权成为通过交付特定的租金（pensio）而在他人土地上享有建筑物所有权的人之权利。[②] 在共和国末年，裁判官法中，裁判官赋予了地上权人以对物诉权，使这种权利具有了物权性质。[③] 这样地上权作为一项物权而最终形成。

罗马法的永佃权（ius emphyteuticum）来源于“赋税田出租”制度（locatio degli agri vectigales）。罗马人征服其他民族的土地后，把从战争中所得土地中的可耕之田马上分配给移民，并规定凡愿意耕种这些土地的人，只从每年出产中缴纳谷物的1/10，果类的1/5的实物税，就可以耕种，此为公田占有（possessio del ager publicus）制度。而“赋税田”是指那些未被分配或出卖也未经人占据，而是被以一百年期限或永久地出租的土地以及被长期或永久地出租的市政当局和僧侣团体的土地，承租人只要正常纳税，即可平安地无限享用土地。芝诺皇帝宣布这种设立性行为是一种独立的（sui generis）契约，既不是租赁也不是买卖，而是永佃契约。[④]

由于希腊城邦已有永佃权制度，在东罗马帝国时期，罗马的永佃权制度与希腊的永佃权制度逐渐融合。在君士坦丁时代，由于基督教的创立，城市财产被广泛没收，赋税田消失了，但却存留下两种权利，即永佃权（ius emphyteuticum）和永久权（ius perpetum），并扩及于私人田地，而且承租者缴纳的报酬不再叫作税（vectigal）而叫作租（canon），前者表现为长期租种，后者表现为永久租种。在公元4世纪和5世纪，这两种权利合二为一，形成了永佃权制度。[⑤] 尤士丁尼帝在法律上确立了永佃权，为了消除有害于永佃权的疑问和解释，补充了有关在转让土地时需通知所有主的规定，有关优先权（ius protimisees 或 praelationis）的规定，有关认可税（laudemio）的规定和关于因不履行上述义务而使权

---

① ［意］彼德罗·彭梵得，《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社，1992年9月初版，第266页。

② D·6，1，74，保罗：《论告示》第21卷，即通过交付特定的租金（pensio）而在他人土地上享有地上权的人。

③ D·6，1，75，乌尔比安：《论告示》第16卷，裁判官在审查案件（causa）后将许之以对物诉讼。

④ 同注①，第264－265页。

⑤ 同注①，第265页。

利失效的规定（比如在3年内不缴纳租金）等。[①]

罗马法的土地用益物权，主要由役权（包括地役权和人役权）与地上权、永佃权组成，涉及土地利用的各主要方面，它们都是随着经济发展和社会需求，而逐渐演化而成。罗马法中土地用益物权的演进表明，土地用益物权是一个与土地利用和社会需求紧密相关的法律制度，也正是因此，罗马法的土地用益物权涵盖了土地用益的各种形态，成为后世立法取之不竭的源泉。

第二节　大陆法系土地用益物权制度的形成

一、西欧封建主义时期的土地制度

（一）法国封建主义时期的土地制度

法国在很久远的时期就已被开发，在罗马帝国统治下，已开发的耕地、大量的荒地和森林相混杂是当时土地的状况。公元4世纪和5世纪，蛮族大规模侵占这片地区。由于蛮族多喜聚居，因而在公元4、5世纪至公元11世纪之间，土地被以“极其松散的土地占有形式”进行开发和占领，人口稀少，村庄之间相距很远。公元1050年开始的大拓荒时代，首先是将森林清理出来，又以森林的各种出产来满足人们的生活需要，在这些垦植者所到之处，建起一座座“新城”(Villeneuve Neuville)，由于是在森林中开拓，一般在森林中开辟一条道路，随之耕地在这条道路两旁逐渐出现，这有些像“鱼脊”，此为森林开垦地（鱼脊地）。此外，在原有开发耕地的附近，人们也相继开垦出“新开林地”，当然这种垦地只有较为富有的农人才能进行，并将之据为己有。至1300年前后，开拓新土地的活动逐渐停止，这主要是因为，代价过大或者开垦出的土地并不适于耕作，森林得以保全，并成为领主们游猎的场所。公元14世纪下半叶和整个15世纪，人们并未致力于开辟新耕地，只是在经常被战火破坏而荒芜的土地上进行重建。

“旧式农业经济并非完全建立在农耕上面，在法国与在所有欧洲国家一样，它是以耕地与牧场的结合为基础的。这是一个主要特征，也正是欧洲技术文明与远东截然不同之处。”[②] 耕地与牧场密切结合，相互依存。主要原因在于肥料不足，当时人们开垦土地多采用“火耕”法，这样能够得到作物生长的钾肥。此外，牧畜的粪肥也是重要的肥料来源，以至于领主们规定在某些日子畜群必须到他的土地上圈禁一段时间，以便留下粪肥。[③] 这样公共使用耕地作为牧场就显得十分重要，并因此成为村社习惯法的内容。适应这种农作需要逐渐形成了

① ［意］彼德罗·彭梵得，《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社，1992年9月初版，第266页。

② ［法］马克·布洛赫，《法国农村史》，余中先等译，商务印书馆，1997年9月初版三刷，第39页。

③ 同注②，第40页。

敞地制度，敞田又分为长形敞地和不规则形敞地。在早期耕作中，人们也是以临时篱笆或掘沟来划分土地，但由于需要开放耕地用于公共牧场以及牧场与耕地逐渐分离，大片耕地合并在一起，这样只有必要在"内田"和"外田"（牧场和临时性耕地）之间修建篱笆即可，而不同占有者耕地之间已无必要划分。同时，又由于强制性轮作制要求全体村民共同遵守统一的轮作周期，逐渐成为传统和习惯，并具有强制性，因此就形成了特有的"敞地"制度。不仅地产主的边界要开放，不同村社、各教会辖区之间的边界也要开放。[①] 这样畜群可以到相邻甚至不相邻的村庄的休闲地上放养。旧式农业中长形敞地占绝大部分。之所以会出现长形敞地和不规则形敞地的区别，依马克·布洛赫的研究，是因为采取的农具不同，双轮犁需要在地头掉头，人们必须留出一块空地，此种空地人们称为"tournaille"，是一种公用地役权，要减少空地，就要减少掉头次数，最好的办法是尽可能地延长地块，这就导致长形敞地出现，并主要适应于平原地区。无导轮犁灵活自如，但犁耕不深，用其耕地常易形成不规则地块。[②] 此外还有圈围地多用于坡地，数量很少，不受公共牧养制度的束缚，多用于开垦的荒地。

法国及西欧多数国家的封建时期农地制度大体相同。封建时期农地上的权利的特点是受集体习惯束缚，土地所有权概念没有出现，地产权受到各种限制，当时提交裁判所的诉讼案都不是关于所有权的问题，而是关于"Saisine"（实际占有）的问题。[③] 封建时代的土地权利受到各种限制，例如，地产主没有自由经营权，要受到强制性轮作制度的限制，15 世纪至 16 世纪各省的习惯法明文禁止圈占耕地，任何人试图圈占耕作改变种植作物以图获利，邻人都有权拆除篱笆。牧场经营者只对头茬草有收刈权，刈割后的再生草属于村社，村社或将这牧场放养牲畜群，或将再生草收割后在全村分配，或者出售。[④] 耕地收获时，耕地所有者只有麦穗的所有权，麦茎属于公有，任何村民都有采集权（droit d'e'taule），可以放牧、捡草以作修缮房屋之用，或为其畜厩作垫草，或者作烧柴。残废人和妇女还享有拾穗权（glanage），无论任何人的土地均可以进入拾穗。[⑤] 领主的林地中，一些人拥有采伐权，另一些人则可能拥有放牧权、拾柴权、通行权、拾橡栗权、畜群通过权或打桩系畜权。[⑥] 因此，不能不说这种土地制度是一种土地公用制，是在强大的集体习惯法规、强制性轮作制、公共牧场制保护和压迫下出现的一种土地制度。在罗马法未继受之前，它长期被实施和执行着，在罗

---

① ［法］马克·布洛赫，《法国农村史》，余中先等译，商务印书馆，1997 年 9 月初版三刷，第 57 页。

② 同注①，第 69 页。

③ ［法］雷吉娜·佩尔努，《法国资产阶级史》（上），康新文等译，上海译文出版社，1991 年 10 月初版，第 3－4 页。

④ 同注①，第 57 页。

⑤ 同注①，第 62 页。

⑥ 同注③，第 3 页。

马法逐渐被引进之后，它必将面临着罗马法学家们的整合和进一步调整。

马克·布洛赫认为，法国封建时期的领主制产生于蛮族时代的首领制，“土地几经转手，时代几经变化，旧高卢村落中的首领，经由罗马庄园的主人，演变成了中世纪的领主。”欧洲领主制的起源有两种，一是从很久远时代就存在，并沿袭下来的各地方、各部落首领和领主，而形成的领主制；另一种来源是定居者“把自己托庇于”他们中处于领导地位的显贵，并答应提供各种服务以回报这些显贵所给予的食品、衣物和免受敌人侵害的保护，因此，领主的数量大增。[①] 与之相对立的是农奴制度，从事劳动的主要是奴隶、隶农（Colon）、农奴、佃农和雇工，此外还有一部分自由农。佃农作为领主的封臣（Vassal），以采邑授与方式与领主缔结人身—财产关系，取得份地（manse）。佃农对领主主要负担交纳佃租，提供劳役的义务。在法国，领主授予采地的方式是特殊的，事先并没有规定一个固定的期限，此种份地称为 manses censiles 或 mainfermes，不仅在时间上，就是在劳役上也没有成文的契约，甚至连清楚的规定也没有，调整领主与佃农关系仅凭各庄园的惯例。各种份地均可以世袭取得，只要继承人向领主重申其“庇护誓言”。至 12 世纪末，各领主已不再亲自管理领地上的各项农业事务。由于领主的领地由继承等原因逐渐缩小，又由于各领主大量地将土地“分封”给下层附庸，甚至佃农，由此产生了占出产物 1/3 ~ 1/12 不等的实物地租——Champart。[②] 由此，领主们找到了一条稳妥安全的土地食利的道路，佃农们的劳役减轻而租税加重了。

从 13 世纪至 16 世纪中叶，农奴逐渐获得了解放，同时通过解放农奴赎金，领主们也积聚了大量金钱。在经历了百年战争和扎克雷农民起义后，人口大幅度减少，土地荒芜，农民们的境况有所好转，能够租到足够的土地。而传统的贵族领主因战争和货币贬值（16 世纪开始）而逐渐陷入窘困，趁此良机，城市资产者纷纷购买旧世家贵族们转手或典卖、抵押的土地，而成为新型的地主。自 16 世纪至 17 世纪出现了“集地运动”，由于战争原因，许多土地上的租佃关系变得混乱，贵族旧有的领地也面临着重新整理与重建的必要。一般的做法是通过购买，大批新老贵族、商人、司法官员都热衷于购买乡村地产并将所购土地在很长时间内逐渐合并成大地块；另一种做法是占有无主公地。“一般情况下，允许领主有权将一切无主财产并入领地。在战争以后他们就乘征收田赋或合并小块地之机，对份地佃农的小块地进行丈量。总有那么一些地会显得其面积超过原来名义上的面积，这或是因为土地非法地扩大了，或是原始的丈量方法太粗略，或是丈量标准在这段时期中有了变化。这一部分多出的农田是无主的，正好就被占有。”[③] 随着大地产

① ［法］马克·布洛赫，《法国农村史》，余中先等译，商务印书馆，1997 年 9 月初版三刷，第 85 页。

② 同注①，第 112 页。

③ 同注①，第 155 页。

的出现，作为资产阶级的新型地主视土地为一种商品，出现了三种租地方法以获取利益：普通租佃制、包租制和分成租佃制。在农村中，集体习惯的势力依然存在，但新型地主并不像封建领主那样遵守集体习惯，冲突和矛盾逐渐加剧。17世纪，科尔贝尔的重商主义风行一时，法国工商业有了飞跃性发展，但公债居高不下，巨额财政赤字使重商主义破产。18世纪中叶，以魁奈为代表的重农主义得到了拥护，重农主义鼓励发展大地产，要求保证不动产所有权。正如弗朗斯瓦·魁奈在《农业国经济管理的一般原则》中所说："用于种植谷物的土地，应当尽可能地合并于由富裕的农业者所经营的大农场。因大农业企业和小农业企业相比，建筑物的维修费较低，生产费用也相应地少得多，而纯产品多得多，小租地农场主过多对人民不利。因为被划分为各个阶级的人，其中对于各种的职业和各种的劳动最为有用的是依赖纯产品维持的人民。"（原则第15条）[①] 为了达到重农主义的目的，魁奈还主张明确和保护不动产所有者的所有权，反对公共地役制，主张采取新型生产方式，采用技术改良方式耕种土地，提高农产品产量。为此，魁奈大肆鼓吹永久绝对、完全的所有权，"必须保证不动产和动产的合法所有者的所有权；因为所有权的安全是社会经济秩序的主要基础。如果所有权没有保障，土地就会放弃而不被耕种。如果资本和产品，不能够保证归于为耕种而租进土地和预付支出的人的手中，那就不会有提供支出的土地所有者和租地农场主。只有保证永久的所有权，才能导致把劳动和财富使用在土地的改良和耕种，以及工商企业上。只有在财富惟一源泉的土地果实的分配上，保有基本权利的最高主权，才能够保证国民的所有权。"（原则第4条）[②] 纯粹土地所有权观念与传统土地使用制度之间发生着越来越剧烈的冲突。1767～1771年间，颁布了一系列法令，这些法令并不适用于全法国，但却涉及到许多农业地区，如洛林、弗郎什—孔泰、巴鲁瓦、勃艮第公爵领地、布雷斯、比热、埃诺和佛兰德地区，以及南方的贝亚恩、比戈尔等地区。这些法令准许土地所有者按照英国的做法围圈其田地。[③] 1767～1777年间发表的一系列法令，宣布在洛林、香槟和贝亚恩地区取消公共放牧权。[④] 但在法国集体地役和公共牧场权依然长期存在，并且逐渐形成三种形式的牧场：①常年关闭的牧场（圈围的）；②再生牧场，没有永久性圈围物，只在第二次刈割牧草后才对畜群开放；③公共牧场，这种牧场依然数量最多并严格遵循传统习惯。[⑤] 阻碍耕地围占的真正原因，

---

① 王亚南主编，《资产阶级古典政治经济学选辑》，商务印书馆，1979年2月修订二版，第232页。

② 同注①，第229页。

③ ［法］雷吉娜·佩尔努，《法国资产阶级史》（上），康新文等译，上海译文出版社，1991年10月出版，第218页。

④ ［法］雷吉娜·佩尔努，《法国资产阶级史》（下），康新文等译，上海译文出版社，1991年10月出版，第236页。

⑤ ［法］马克·布洛赫，《法国农村史》，余中先等译，商务印书馆，1997年9月初版三刷，第239页。

依马克·布洛赫的观点认为，是已形成"永久地位"的小块地地块分散，面积不大、形状不一，难以将其重新分配，这样即使大地产者也无法完全采取新型农业技术，依然要遵从集体轮作休耕制度。"除非像诺曼底这样特别进化的省份，一般地区到世纪末，绝大多数农民的地上甚至相当数量的大地主所有者的地上仍广泛实行着休闲制度。土地结构无疑在改善着，但极为缓慢。"①

1789 年 7 月 12 日在城市攻克巴士底狱之后，市镇革命的风潮波及到农村，大规模的农民起义爆发了，被称为"大惶恐"的恐慌运动也同时掀起。农民洗劫富人宅第，恢复了集体间的相互制约和旧的习惯法，特别是共同放牧权，他们重新占有了过去的公社集体财产，烧毁封建领主的土地税赋簿籍。② 1789 年 8 月 4 日之夜，可称为法国历史上著名的废除封建制度的决定性之夜。在"布列塔尼俱乐部"，由诺阿耶子爵和埃居翁公爵率先提议，很快议员们就达成了一致，提出在法律面前人人平等，除人身依附应无偿取消外，其他封建权实行赎买及其他废除封建特权的决定。至此法国走上了彻底废除封建特权，建立纯粹资产阶级所有权制度的道路。随后依据《人权和公民权宣言》的精神和原则，制宪议会进行了土地改革，以法律废除集体地役制和公共牧场制，实行耕作自由，不再强制实行土地轮作，允许取消休耕，地主有权任意圈地。1891 年 9 月 27 日的乡村法典甚至明确规定，人工草场不允许他人进入自由放牧，③ 但其后村庄中的土地使用制度并未真正改观。长期以来，农民共同体一直顽固地束缚在旧习惯上，尤其在敞型田块地区。圈围土地还不是一切；还需要让邻居们尊重这一道道栅栏的权力。七月王朝统治时期，毁坏围墙的传统重又恢复，圈地的受害者们集体行动惩罚圈围者。据称，1813 年在上恩索省为了保护非圈围的人工草场，需要"在每条垄沟上有一个卫士。"④ 制宪会议还将领主权分成两种，一种是领主的司法权和荣誉权、狩猎权和捕鱼权、猎兔权和养鸽权、磨坊权、通行捐和入市捐、人身劳役以及农奴制的其他形式，均一概无偿废除；另一种领主权，包括土地贡赋或"实在"贡赋，如年贡、田赋、年金、"节敬"或转让权，对此实行赎买。⑤ 此外，由于没收流亡地主的土地，制宪会议决定向农民出售土地，以缓和土地危机，但土地是被分成大块出售的，这完全超出了农民的购买力，这样又使资产者购进了大量地产，农民所取得的土地大约占 1/3。制宪会议允许实行 12 年分期付款，并且规定，假如地产作价超出了一次拍卖的范围，

① ［法］马克·布洛赫，《法国农村史》，余中先等译，商务印书馆，1997 年 9 月初版三刷，第 255 页。

② ［法］雷吉娜·佩尔努，《法国资产阶级史》（下），康新文等译，上海译文出版社，1991 年 10 月出版，，第 277 页。

③ ［法］乔治·勒费弗尔，《法国革命史》，顾良等译，商务印书馆，1989 年 4 月初版，第 144 - 145 页。

④ 同注①，第 261 页。

⑤ 同注③，第 145 - 146 页。

也可分成几个份额零碎拍卖。由于教区土地，原本就分成小块出租，投机商在买下土地后也会分成小块重新出售，在有些地区，农民也联合起来将本村土地全部买下，这样，农民也取得了一定量的土地，小自耕农人数有所增加。至此，代表资产阶级利益的由罗马法沿袭而来的纯粹所有权观念确立起来，并随后在《拿破仑民法典》中予以规定。法国的集体地役制、公共牧场制等具有传统特色的土地使用制度在法国大革命的急风骤雨中被部分打乱，但是由于传统农业耕作技术并未得到迅速发展，因而，传统土地使用制度依然延续了相当长的时期。这是由于小农私有土地占有绝对地位，也阻碍了富裕地主对土地进行必要的技术革新，使土地使用依然保持旧有的状态。正如学者所概括的，小农仍然代表着一股强大的经济力量和社会力量，他们把自己关闭在土地中，拒绝改变土地的结构，很少对突如其来的革新感兴趣，他们很难摆脱祖传的习惯方式，他们接受进步的新技术十分缓慢，小农经济仍未将土地改良推进多远。[①]

（二）德国封建主义时期的土地制度

早在公元前后，日耳曼人就以部落迁移的方式逐渐迁移至罗马帝国北部边界。自公元3世纪起，罗马帝国逐渐衰落，日耳曼人渐趋南下。至公元376年，日耳曼部落的一支西哥特人渡过多瑙河进入巴尔干半岛的色雷斯。公元395年，罗马帝国分裂，公元410年、455年、456年，西罗马帝国多次受到哥特人和汪达尔人的洗掠，并由此开始了长达两个世纪的“民族大迁徙”。在罗马领土上许多日耳曼人王国中，法兰克王国逐渐成为力量最为强大的国家。

在法兰克王国的墨洛温王朝与卡罗林王朝时期，分成小块的农地逐渐为单个家庭所使用，甚至发展为不受限制的私产，可自由转让与继承。这些占有自由地的公社成员，被称为“自由人”，是法兰克王国的基本成员，但牧场、森林和水源仍为公有财产。[②] 此外，领主土地所有制开始产生，封建大地产主要由服役贵族、土地贵族和教会组成。服役贵族主要来源于国王的扈从，国王为了维持和控制他的扈从，授予他们地产和某些经济的和政治的特权。土地贵族则是直接从农民公社中产生的，他们利用对于依附农的支配和大力开垦荒地，以增加地产和获得权势。[③] 教会地产主要由国王、世俗贵族和自由农的馈赠而形成。在卡罗林王朝时期，采邑制逐渐成为法兰克国家的地产制度，成为封建制度的重要方式。国王向军事贵族授予土地，获得这种封土的陪臣又从自己的封土中分出一部分授予自己的封臣，这样形成了采邑的链条。同时，国王又让一些世俗贵族和教会贵族作为陪臣，从而建立了封建制的采邑制度。

---

① ［法］马克·布洛赫，《法国农村史》，余中先等译，商务印书馆，1997年9月初版3刷，第268页。

② 孙炳辉、郑寅达，《德国史纲》，华东师范大学出版社，1995年11月初版，第6页。

③ 丁建弘、陆世澄，《德国通史简编》，人民出版社，1991年2月初版，第43页。

公元843年通过《凡尔登条约》，法兰克王国分为三部分，东法兰克王国成为德国的基础。从公元962年“神圣罗马帝国”建立起到公元1268年霍亨斯陶芬王朝直至三十年战争后，普鲁士王国兴起，德国与欧洲其他国家所走的道路大体一致，都是采取封建领主制度，只是德国的封建领主权力相当强盛，皇权旁落，这一点促使德国封建制度的延续时间比其他国家长。三十年战争后，为了将农民更严格地固定于土地上，扩大地产规模，封建主阶级的国家政权甚至在法律上确认再版农奴制作为公共权利，从而等级制的封建君主国过渡到专制主义的封建君主国。“再版农奴制”大多发生在17世纪中叶，主要是通过颁布婢仆法令而使农奴制复活，婢仆法令加强了农民的封建劳役和人身束缚，使农民处于地主的监视和刑罚威胁之下，成为农奴。在易北河以东地区，农奴制最为盛行，而在德国西部没有形成易北河以东的那种农奴制。在德国西北部，除少部分地区以外，农民占有土地取决于封建主的许可，而这种许可是农民用很高代价买来的。[①]

德国土地制度的改变主要发生在普鲁士王国中。容克（Junker）是普鲁士王国的统治阶级，容克原指无骑士称号的贵族子弟，后来泛指普鲁士贵族和大地主。在德国历史上真正起过较大作用的是乡村容克，即普鲁士贵族庄园主，他们是征服易北河以东地区并在那里生活下来的德意志骑士领主的后裔，容克操纵着普鲁士国家的军政大权，占据了所有的职位。1653年，勃兰登堡选帝侯甚至赐予容克以完全支配农民的权力和免税等种种特权。[②] 在容克庄园中，容克既是地主又是农奴主，既是军事首领又有裁判权和警察权，集立法、司法、执法于一身，成为具有全权的乡村统治者。容克庄园经济的特点是，容克本人是生产的直接领导者和经营者，以农奴制经营方式为市场而生产。[③] 在法国大革命之后，德国依然处于农奴制统治之下，德国的具有浓厚封建色彩的土地制度急需革命洪流的冲击。

1807年，因反法战争失败，大批割据小邦消灭，普鲁士王国在财政和经济上也濒临崩溃。1805~1807年，拿破仑占领了德意志大部分地区，他采取了一系列革命措施，其中就有废除农奴制，解除农民对地主的封建义务之规定。在法国占领和控制的西德和南德等地区，人身依附的庄园制实际上不存在了。至此，在西德和南德地区，也像在法国一样，造成了一个人数众多的拥有小土地的自由农民阶级。[④] 而在普鲁士王国，其统治地域大为缩减，为了复兴德意志，普鲁士的改革派希望运用资产阶级改革的方式使旧有的封建土地制度逐渐地有

① 丁建弘、陆世澄，《德国通史简编》，人民出版社，1991年2月初版，第142页。
② 孙炳辉、郑寅达，《德国史纲》，华东师范大学出版社，1995年11月初版，第27页。
③ 赖泽源，《比较农地制度》，经济管理出版社，1996年1月初版，第37页。
④ 同注②，第38页。

所改变，从而挽救普鲁士王国于拿破仑的控制之下。1807 年施泰因颁布了一系列农业立法，包括 1807 年 10 月 9 日公布的《关于放宽土地占有的条件限制和自由使用地产以及农村居民的人身关系的敕令》以及 1807～1808 年的几项补充法令。《十月敕令》宣布“地产自由”和“农民解放”，解除了封建买卖和流通中的种种封建限制，允许市民和农民获得骑士庄园，容克也可以扩大地产，或迁入城市从事工商业。敕令禁止创设新的人身隶属关系，对已有的农奴制一律废除。[①] 史学家认为，《十月敕令》可以看成是普鲁士资产阶级革命的开始。“《十月赖令》允许各种地产自由流动，贵族、市民、农民选择职业的等级限制被废止。农奴的人身隶属关系一概取消。全体居民变为国家的直接公民，容克的中间权力在很大程度上失去，农民得到人身自由，有离开庄园的权利，不需要容克允许就可以结婚。强制的仆婢劳役也随之取消了。这就在法律上确认了封建所有制向资本主义所有制的转化，是封建生产关系过渡到资本主义生产关系的决定性步骤。”[②] 施泰因的改革是不彻底的，触犯了容克的利益，受到容克地主的抵制。1811 年哈登堡继续以比较温和的方法取消封建性义务，于 1811 年 9 月 14 日颁布了《关于调整地主与农民关系的敕令》，规定赎买封建义务的办法。土地改革以有利于容克地主的方式进行，使容克地主不再反对改革，转而依靠土地赎买而获得大量的资本。《调整敕令》对于世袭农民的规定主要有：“无论领有教会领地、国有土地或私人庄园的任何世袭田庄或地产的一切现有业主，均可称为完全农民、半农民、茅舍农或小农，或其他的地方性名称，他们在按照下列规定向庄园主赎买义务后，均可将其田庄转为自身财产。”（第 4 条）“当依附农将全部地产的 1/3 割让给主人，那么，庄园主应满足于此，应放弃对于世袭农民的田庄所有权”（第 10 条）。“虽然一般情况下，赎买必须交出包括田地、边地、草地、畜牧场、小树林的全部地产的 1/3，但是当事人双方也可以自由达成协议，以现金或以实物租、货币租进行偿付”（第 12 条）。对于非世袭农民的规定主要有：“属于这一等级的田庄有，以租税、租金和劳役为条件，庄园主将此田庄不定期的，或者在一定年限内，或者在农民的终身，出让给农民使用的田庄”，可以转为农民自身的财产（第 35 条）。“庄园主……有权将此类田庄的田地、边地、草地、畜牧场和小树林的一半，并入自己的庄园”（第 37 条）。法令还规定，关于劳役和其他义务的赎买和调整，以两年为期，采取协商的方式解决。1821～1848 年，普鲁士东部各省赎买进度加快，到 19 世纪 60 年代农奴制基本消灭。通过赎买，容克庄园逐渐成为农业资本主义的容克，资本主义生产关系逐渐建立起来，普鲁士东北部发展起资本主义经营的大庄园经济和富农经济。西北德的富农经济也由于土地连成一片，可以节省生产开支，改良耕作制度等

① 丁建弘、陆世澄，《德国通史简编》，人民出版社，1991 年 2 月初版，第 224 页。
② 同注①，第 224 页。

原因而向模范农场发展，南德和西南德则以中农和小农经济为主。[①] 德国从而走完了农业“普鲁士道路”，走上了大规模农业生产的道路，农业科技和机械的应用，使德国农业为其工业的发展提供了强大的推动力。通过 1848～1871 年德意志民族统一之路，统一的德国在法律上巩固其成果，以立法确定其改革成果的时候终于来临。

（三）英国封建主义时期的土地制度

公元前 55～54 年，盖尤斯·尤利乌斯·恺撒统帅的罗马军队入侵英格兰岛，公元 410 年，历经 600 年罗马人的统治结束。拉丁文化结束后，至 1066 年，撒克逊人的末代国王哈罗德二世与入侵的诺曼人的战斗失败，诺曼人作为新的统治者来到不列颠国土上。在这一撒克逊时期，各蛮族国王已有地产观念。7 世纪的肯特王艾塞伯特法中，已有王之 tun 一词，tun 即指院落、村庄。[②] 当时的土地可分为民田与书田，民田（folcland）是以习惯法占有的土地，书田（bolcland）是以赐地文书为根据占有的土地，是由国王以文书形式封赐给贵族和教会的土地。依据习惯法，这两种土地一般都只会在族内继承，而不得给予族外之人。例如，亚弗烈特王法曾规定，如果某人的书田是自其族外人处得来，而原先该书田的占有者或第一个得到书田的人曾禁止把书田传之族外，那么它便不得传于族外。[③] 从赐地关系中，产生了受地者取得在该地收取贡赋及罚金之权，国王也对该地产生控制权。因此，梅特兰指出，盎格鲁撒克逊时期的赐地，与其说赐的是土地，毋宁说是一种政治权利。赐的不是所有权（ownership），而是一种统治权（superiority）。[④] 由于贵族掌握着大量地产，就需要大量的奴隶从事劳动，到 11 世纪诺曼征服时奴隶占总人口数的 10%。此外，盎格鲁撒克逊平民（ceorl）亦由于贫富分化而由自耕农沦为农奴，与封建主产生人身依附关系。英国的农奴制最终形成于 12 世纪。[⑤]

在诺曼人入侵之后，诺曼人所面对的正是这样一个土地制度，几乎所有的土地都掌握在当地撒克逊贵族手中，撒克逊人的反抗又是异常激烈。故此，威廉一世（1066～1089）首先在名义上宣布英国土地全部归英王所有，英王是英国土地的最高所有者，他接收了撒克逊王爱德华的王位，没收了反抗的撒克逊贵族的土地，将归顺的撒克逊贵族的土地依旧分封给他们，此外还将许多土地分封给诺曼贵族，初步建立起英国土地的国有制。

1085 年，威廉一世决定采用全国土地调查的办法，加强英王的集权，最终形成的《末日审判书》（Domesday Book），以后皇家岁入正是根据它作出精确的

① 丁建弘、陆世澄，《德国通史简编》，人民出版社，1991 年 2 月初版，第 274 页。
② 马克尧，《英国封建社会研究》，北京大学出版社，1992 年 5 月初版，第 20 页。
③ 同注②，第 22 页。
④ 同注②，第 24 页。
⑤ 马克尧，《五百年的西欧农奴制度》，商务印书馆，1983 年 3 月初版，第 7 页。

核算。通过《末日审判书》，在土地调查中，所有“无主”土地都被收归国王所有，而贵族土地均来自于国王的分封，从而在英国建立了全国土地受封自英国国王的概念。

王地包括原撒克逊王室的土地和所有没收的土地，约占全国耕地的1/7或1/5。[①] 国王最初的直属封臣有170个，他们领有封地并允诺作出特定的义务，在直属封臣之下至少有4000名骑士，世俗贵族共获得封地占全国地产总数的49%，主教和修道院获得26%的土地。农民种类有：维兰（villani），占农民总数的41%；茅舍农（bordarii），占农民总数的32%；自耕农（liberi homines），占农民总数的14%；奴隶（servi），占农民总数的10%。[②]

封君封臣关系在诺曼入侵之后被带进了英国。这种关系的形成要举行臣服礼，在臣服礼的仪式后，封君封臣关系终身不变。国王是最高的封君，其下大大小小的贵族，也形成了众多的封君封臣关系。封君的权利是：英国国王在其直属封臣死后，如该封臣无继承人，可以收回土地；可以行使没收权，没收犯有重罪的封臣的土地；封臣的子嗣，在封臣死后如未成年，国王有监护权，管理该封臣的土地。此外，国王还有权征收盾牌钱、协助金、继承金等。[③] 盾牌钱是1159年亨利二世向其直属封臣征收的代替军役的金钱。协助金是国王在需要时向直属封臣征收的财政援助。1215年大宪章规定缴纳协助金的三种情况是：封君长子晋封骑士时，封君长女出嫁时，封君本人被俘需赎身时。在直属封臣死后，国王一般要进行死后调查（inquisitio post mortem），然后收取继承金，再由该直属封臣的继承人行臣服礼后，将该土地分封给其继承人。一般来说，贵族封君的权利也类似于最高封君国王的特权。

封君封臣对土地都是占有关系（seisin），而非所有关系，全国土地只是由国王一人所有。封臣对土地有占有、经营、收益和处分的权利，但他对土地的权利总是受到来自国王所有权和上级封君的各种限制，这也是封建土地关系的特点。首先，英国国王严格控制其直属封臣分封土地的转让。1256年英王敕令，任何人不能购买直属封臣的土地，除非取得英王同意并取得证书。1290年买地法（Quia emptores）规定自由人可以随意出售其封土的一部或全部，但该法依旧将直属封臣转让土地的权利除外，一旦直属封臣将土地转移，国王即可行使没收权。直至1327年爱德华三世统治时期，议会法令规定直属封臣在无同意证书情况下出卖封地，可以不没收，但仍要交纳一笔罚款。

其次，英国土地的转让受到来自上级封臣和遗嘱的双重限制，分封关系有

---

① 马克尧，《五百年的西欧农奴制度》，商务印书馆，1983年3月初版，第72页。

② ［英］阿萨·勃里格斯，《英国社会史》，陈叔平等译，中国人民大学出版社，1991年5月版，第68页。

③ 同注②，第72页。

两种，一种是代替（substitution），一种是再分封（subinfeudation）。代替是指封君将自己的封地之一部或全部分封给封臣，封臣再将自己的封地之一部或全部分封给下一级封臣，封臣自己退出，由封君与下一级封臣之间形成直接的封君封臣关系；再分封是封臣自己不退出，由封君、封臣与下一级封臣之间形成等级关系，因此不论何种分封方式都有可能因下一级封臣的不够忠诚、不够富有等原因影响封君的利益，因而在1215年的《大宪章》第39条中规定，自由人以后转封或出售土地之数，不得影响对封君所负义务的完成。[①] 同时，在分封之时，因封君意志不同而产生了不同地位的土地，主要有三种：一是无条件继承地（fee simple），在分封证书上说明该土地封给"某人和他的后代"，这里的后代并未加以限制，因而是自由继承地。二是有条件继承地，是指在分封证书上写明该地封给"某人和他的后代的直系卑亲属"（to a man and the heirs of his body）。三是限嗣继承地（fee tail），根据1285年的第二西敏寺律，土地的继承应遵守其证书中列明的条件，不得变更，该律又被称作限嗣继承律，因为依据该法产生了英国特有的一种地产——限嗣继承地产。[②] 由此，在土地继承中不得不带有上级封君的各种限制，同时，各级封君多希望将土地保留在家族内部而不流失于外，故多在遗嘱中限制土地的自由转移，这也是英国土地制度的特色。英国奉行"遗嘱绝对自由主义"，上一代可以对后几代人的权利加以限制，尤其对于土地的安排十分详细且形成书面文件密藏于家族内部，下一代人所取得的土地就必然带有上一代的限制而不能自由转移，因此在整个封建时代，英国土地受到来自封君和遗嘱两方面的限制，土地流转十分缓慢。

这一时期也是英国农奴制度逐渐产生并发展成熟的时期。农奴来自于奴隶、隶农、自由农等。在贫富分化的过程中，许多原本享有自由身份的自由农丧失了土地，不得不租佃贵族的土地而沦为农奴。农奴生活在封建庄园之中，庄园经济是一种自给自足的自然经济。农奴的人身是不自由的，其后代的身份也是农奴，只有被主人释放，农奴才能解除这种身份。封建劳役主要是：依据地方习惯不同，每周要用固定的几天时间耕种庄园主的土地，为了监视农奴的劳动，许多庄园主规定了非常详细的劳动标准和定额。除耕作劳役外，农奴还有修理庄园主的房屋、马厩、谷仓、修桥、修路、伐木、建水磨房、纺织、放牧、剪羊毛、修理畜栏等杂役。车马劳役是指农奴用自己的车马为领主运送物品的劳役。除了服劳役之外，还要交纳各种货币捐税，包括后期产生的货币地租、领主任意索取的税金、法庭罚金、使用领主水磨房的租金、出卖牲畜的特许费、子女结婚费、财产继承费等。农奴不经领主允许不得出卖土地，不得擅离庄园。在中古时代的英国土地制度依然维持着封建庄园作为生产单位的方式，其土地

① 马克尧，《英国封建社会研究》，北京大学出版社，1992年5月初版，第146页。
② 同注①，第145页。

制度是建立在分封基础上的，而广大的劳动者在身份上是不自由的，受到各种各样的封建义务的限制。

至公元13世纪，英国的农奴制度发展至巅峰。公元14、15世纪，英国的庄园制度逐渐瓦解，农奴制日益衰亡。由于货币地租的出现，使庄园之出租制得以盛行起来，同时由于农奴纷纷不堪重负，逃离庄园，各地农民起义此起彼伏，一些庄园主，或以短期租赁方式将土地租给农奴，或将整个庄园土地租给村庄集体，然后由村民们分割经营。总之，劳役地租日益减少，由此农奴的地位也发生了变化，形成了公簿持有农、自由自耕农和租地农三种主要形式。维兰世代耕种的份地，被登录于庄园的租佃登录册中，后来，登录册受到王室法庭的认可，14世纪以后，维兰在法庭上取得一件文件（copy）就意味着与庄园主订立了一份契约，在租地期限方面，仍然依原来的成规，按照"代"来计算，在可以继承的数代期间内，公簿持有农只要向庄园主交纳租金（当然此租金中包含了劳役地租的"折换"以及各种杂役、捐税费），庄园主就不能随意将土地收回。此外，农奴维兰只要交纳一定的赎金，就可以获得庄园主的释放，不仅庄园主可以得到一笔可观的赎金收入，农奴也可以成为自由农。租地农实质上是由公簿持有农和自由自耕农中分化出的富裕阶层，他们向庄园主租入大片土地，开发经营，成为租场农场主。15世纪中叶，租地农场制产生，出租年限或是一代，或是若干年（一般是21年至80年，最长达99年），[①] 这种租地关系是纯粹的契约关系，使农业得以从自给自足的自然经济向大生产过渡。

英国土地制度的变革，是由于英国羊毛业的逐渐发达而引发的。14、15世纪，在英国乡村已涌现出毛纺织业，羊毛业的发展，需要大量的牧场，而英国的土地制度依然是条田制，牧放羊群也只是在休耕地上进行，因此，一部分精明的贵族地主、租地农场主和自耕农开始发动一次次的圈地，以转变土地生产方式。

圈地有两种方式：一种是把分散的条田合并，使之连成一片，然后用篱笆圈起来；另一种方式是把荒地和公共牧场占为己有，用篱笆围起来，限制村民放牧。由于当时的农民主要是公簿持有农，贵族地主的土地与农民的土地相互交错在一起，因此，对于租佃土地，贵族地主或强迫农民退佃，或等待租约期满后收回土地并加以圈占，对于公共牧场则多采取乡间地主之间以协议的方式进行瓜分。[②] 圈地运动是一场跨越了数个世纪的过程，可分为两个阶段，15世纪末到17世纪初为第一阶段（15世纪末到16世纪初是第一个高峰，16世纪30年代是第二个高峰，16世纪70年代到17世纪初是第三个高峰），18世纪中叶到19

---

① 陈曦文，《英国16世纪经济变革与政策研究》，首都师范大学出版社，1995年10月初版，第38页。

② 同注①，第45页。

世纪为第二阶段。[①] 圈地运动的目的是将分散的土地合并到一起，改变土地的经营用途，由种植业变成牧畜业，而英国所需粮食也逐渐转需进口。

庄园主与农民之间的租佃关系不稳定，是农民丧失土地的主要原因。公簿持有农来自维兰身份，公簿持有农虽然在人身上获得了自由，但这种自由是不完全的，表现在其土地权利的转移和继承时，要向领主交纳一定的贡税，有时还要交纳继承税，即领主要征收作为继承财产贡租的死亡税。[②] 由于公簿持有农来自于人身自由受限制的维兰，因而领主有权在农民土地使用权中断时将土地收回，“形式法上没有保证佃户可以保护自己不受领主的剥夺，只有现行习惯法给予他们一点保护。也许是因为尊重传统的习惯，也许是因为惧怕农民的复仇或抵抗，领主一般不敢触犯习惯法。”[③] 如果佃农的继承人不能继承土地，土地被领主收回时，国王的法院对佃农的权利是加以保护的。普通法法庭对公簿持有农的权利加以保护，从而有利于公簿持有农的地位的稳定，这也是国王与地方贵族之间进行明争暗斗的结果。但是，在 16 世纪时，由于庄园主经济力量的增强，庄园的习惯法和国王的普通法法院已无法保护农民不被赶出租地，在租地期满后，庄园主将土地收归自有并圈占起来，用于放牧可以获利的羊群。而对于村中公共用地，多是依据村庄集体会议作出决定进行瓜分，这样起主导作用的当然是庄园主和自耕农，公共牧地被圈占后，公簿持有农就更无法牧放牲畜，失去了原来村庄习惯法所允许的牧放牲畜的特权，牲畜的减少导致耕地收益的减少，最终也不免陷入破产境地。[④] 18 世纪的最后几十年，农民共有地全部消失了。

1535 年亨利八世清查了教会和修道院的财产，编制《教产账簿》，继宗教改革以后出现了夺取教产的运动。据统计，经过对教会地产的剥夺，都铎王朝在短期内拥有中古时代以来英国王室最多的地产。仅从修道院掠夺的地产就占全国地产总额的 1/5 至 1/4，年收入达 13 万英镑。[⑤] 教会地产除部分化为王田外，多以馈赠、租佃、交换出售的方式处置掉，而能买得起教产的多是新兴的资产阶级、富裕农民，这又刺激了新一轮的圈地运动，使得原本租种教会土地的农民也面临着失去土地的命运，这引发了一系列的农民起义，要求废除宗教改革，恢复教产，但最终起义失败，第二轮圈地运动受到一定的阻碍。16 世纪 70 年代到 17 世纪初，由于毛纺织业的再次兴盛，工业人口增多，不论对谷物、羊肉、

① 陈曦文，《英国 16 世纪经济变革与政策研究》，首都师范大学出版社，1995 年 10 月初版，第 40 页。

② 约瑟夫·库利舍尔，《欧洲近代经济史》，石军、周莲译，北京大学出版社，1990 年 9 月初版，第 63 页。

③ 同注②，第 64 页，第 65 页。

④ 同注②，第 64 页，第 65 页。

⑤ 同注①，第 50 页。

羊毛的需求都上涨起来，这又刺激乡间贵族地主进行新一轮的圈地，而保守的旧贵族和王室由于缺少资金，不得不出卖土地，使得圈地数量猛增。这次圈地高潮引发了“掘地派”等一系列农民起义，他们愤怒地砍倒树篱，填平沟渠，拆掉圈围公地的栅栏，将圈地恢复成原来的敞田。18世纪的圈地运动是教区全体居民依据相互间协议方式进行的，有的是地主与农民进行协商，有的是在农民不反对的前提下，地主将自有耕地合并在一起。分割共有地时，有利害关系的土地所有者进行集会，以4/5同意而达成协议，然后基于此种协议，向议会提出请愿书，依据议会制订的特别法案，承认该地区的圈地计划。在18世纪共发布了1700多个特别法，从表面上看圈地似乎是合法的，但是不论是在乡村集会还是在议会上，农民都是受到压制的。直到1801年，才发布一项法律规定不准许对应圈占土地具有任何请求权的人和受这种土地所有者雇佣或曾雇佣的人成为委员，但此时已近圈地运动的尾声。[①] 圈地后，农民的土地被进行调整，分到小片土地，但是由于传统的协同耕作方式和开放牧场的减少，农民不免负债增多，最终将这一小块土地也不得不转卖给地主。

圈地运动是英国从封建社会向资本主义社会过渡的推动力量，其社会作用被学者们归纳为四个方面：一是贵族内部发生分化，大贵族日趋没落，新生一批资产阶级贵族，新贵族包括乡绅、租地农场主和富裕的市民三种人。他们是早期的资产阶级的代表。二是加速了农民阶级的分化，少数自由自耕农、公簿持有农和租地农成为圈地的受益者，成为新兴的乡绅阶层，但多数农民不是被驱赶进城市，成为工业产业的工人，就是成为大地产的雇佣农工。三是促进了英国资本主义大农业经济的出现，由于土地规模扩大，大农场拥有成片土地，资金雄厚，生产效率大幅提高，农场内排水设施的改善也使英国农业有了长足的进步。四是促进了英国工业的发展，大批农民使英国工业获得了必要的劳动力，促进了工业发展。[②]

二、从实际占有（Seisin）[③] 到土地所有权与他物权的分离

西欧封建时期的国王所有，其基本内涵，正如我国著名学者马克尧先生所指出的：“在古代各国，作为统治阶级代表的国王，凭藉其作为统治者、征服者的权利，对所属下的土地、居民行使各种权利。…这些权利，在各个国家、各个时代表现不同。我们很难说它是一种财产权，而更像是一种统治权。首先它的权利客体范围往往不明确，不知是指一国的全部领土，还是指这个国家的全部耕地，或是指部分耕地…君主封赐土地，究竟赐的是土地，抑还是一种权力，

① 约瑟夫·库利舍尔，《欧洲近代经济史》，石军、周莲等译，北京大学出版社，1990年9月初版，第69页。

② 陈曦文，《英国16世纪经济变革与政策研究》，首都师范大学出版社，1995年10月初版，第55－66页。

③ “实际占有”一词，在拉丁语中为“Saisina”，英语中为“Seisin”，法语中为“Saisine”。

也引起疑问。…其次，在君主对土地具有各种不同权利的地方，君主下面也发展起来各种不同的私人或集团的土地权利，形成一块土地上重叠着多层权力的景象。"[①] "中古时代的土地国有制不是一种生产资料所有制形式，它不是一种财产权利，不能拿（现代）财产权利的条件要求它。它只是附着在土地财产上的政治附属物，且不只限于东方国家，而比较普遍地存在于中古各国。它在各国表现形式不同，强弱不同，大体上意味着国王（国家）对其境内耕地有控制权及一定收益权。"[②]

在国王之下的各级封君封臣的权利如何？正如学者伯尔曼所指出的，"其所享有的领主权也是一种政治权利与经济权利的结合，即管理的权利与使用处分土地的权利的结合，这是封建法的重要特征。"[③] "事实上，土地不为任何人'所有'；它只是在阶梯形的'占有权'结构中为由下至上直到国王或其他最高领主的上级所'持有'"。[④] 这种权利形态，在法律上表现为实际占有（Seisin）制度。

实际占有（Seisin）概念在11世纪晚期和12世纪流传到整个欧洲，这一概念对于理解西方法律的历史、法律价值都有很大的意义，它也为西方的法律制度、法律原则和法律规则的形成起了很重要的作用。对于实际占有（Seisin）的实际意义，伯尔曼概括为，"在有关封臣的法律自主性——一个'实际占有'土地的封臣对任何'侵占'他的土地的人，甚至他的领主都享有一种诉权，…都已经提及实际占有这一概念"，"它并不简单地——甚至必然地——意味着对土地事实的占有或物质控制；在这一点上它不同于更古老的罗马法的占有概念。因此，一个人在离开土地去参加十字军东征或朝圣时，仍然可以保持对土地的实际占有。然而，实际占有也不是简单地——甚至必然地——意味着某种所有权。因此，如果继承人或被授予人还没有获得某块土地，那么他就仍然不享有对它的实际占有。实际占有实际上是一种继续处于某种实际境况中的法律权利，这种权利来自先前就处于那种实际境况中的事实，它是一种独立于所有权和契约权的占有权——一种在日耳曼法或更古老的罗马法中都未曾有过的概念。"[⑤]

实际占有最初来源于格拉提安的学说，在教会财产管理过程中，"数人同时主张是同一主教管区或修道院占有者的纠纷时有发生。如果一方用武力将另一方赶走，教会会议和教皇就下令宣布，在确定谁是合适的权利主张者的问题之前，先前该职位占有者有权恢复他的占有。"[⑥] 格拉提安于1140年的著述中从中

① 朱寰主编，《西欧封建经济形态比较研究》，东北师范大学出版社，1996年12月初版，第46－47页。

② 同①，第48页。

③ ［美］哈罗德·J·伯尔曼，《法律与革命》，中国大百科全书出版社，1993年9月初版，第381页。

④ 同③，第382页。

⑤ 同③，第383页。

⑥ 同③，第548页。

抽取出一个更为原则性的规则，“格拉提安援引关于‘夺回’（通过诉讼排除他人的占有权）的教令，把它作为在诉讼中对主教和修道院院长的确认性保护。…他的第一个问题是，‘是否对任何被掠夺者都恢复占有’。他的回答是肯定的。在精心构筑这一原则时，他宣布任何人（不仅仅是主教或修道院院长）都有权恢复他被掠夺的全部东西，包括权利和权力以及土地和财物，不管这种掠夺是通过武力还是通过欺诈，不仅要针对起初的不法行为者而且要针对其后的占有者安排救济。格拉提安的原则被称作‘归还原则’（canon redintegrande）；后来的注释者们把‘归还原则’解释为不仅适用于一项确认性的保护，而且也适用于一种独立的诉讼，即‘夺回诉讼’（actio spolii）”。[①]

在1166年，英王亨利二世及其法学家们在格拉提安的学说上创造了一种新的侵占之诉。“发展出完全不依赖所有权的侵夺之诉，在这种诉讼中甚至被告自己的所有权也不能成为抗辩的理由。由此，一位封臣可受到保护，免受他的领主强行侵夺。…这种诉讼不仅可适用于返还土地，而且还适用于返还动产和非实体的权利；不仅使之适用于返还通过武力侵夺的上述财物和权利，而且也适用于对抗通过欺诈行为的非法侵占者以及用于对抗后来的占有者。诉讼中，原告只需证明先前的占有成立和这种占有被非法侵夺。”[②] 这种新侵占诉讼很快传遍西欧各国，而成为各国处理土地财产纠纷的主要制度。享有Seisin的人，就是“持有”土地或物品但并不拥有它们的人的占有权，一个处于“实际占有”（Seisin）状态的人，任何人都不能强行剥夺他，他的动产也不能违背他的意愿合法地加以没收——甚至他的领主也一样不能如此。[③] 这样自国王以下所有领主和封臣都只享有实际占有权。正是为了享有实际占有权，下级封臣和佃农才托庇于领主并承担劳役和租税。实质上，从11世纪晚期和12世纪，一个“实际占有”土地的封臣对任何“侵占”他的土地的人，甚至他的领主都享有一种诉权。这种“实际占有”的确切含义是一种继续处于某种实际境况中的法律权利，这种权利来自先前就处于那种实际境况中的事实。[④] 由此可见，在当时的欧洲，仅有Seisin（实际占有）观念，这种权利从本质上说属于物权范畴。Seisin制度在随后的发展中走过了两条道路，一是在法国大革命前后，被罗马法学家详细研究、总结并在大革命的急风骤雨中消失殆尽，终被所有权及其权利体系所取代，欧洲领主制也随之告终；另一条道路则是在英美法律中更为牢固地保存下来。

在法国，“封建领主的组织以及更高一层的封建制度，把各种各样的物权建立在土地之上，而这些物权又是以习惯法或契约为基础的，在这个范畴内，一

① ［美］哈罗德·J·伯尔曼，《法律与革命》，中国大百科全书出版社，1993年9月初版，第549页。
② 同①，第549页。
③ 同①，第372页。
④ 同①，第383页。

切物权都受到尊重，任何一种物权都不具有罗马市民对财产的那种绝对占有和至高无上的特点。事实上，在多少个世纪里，所有涉及土地控制权和土地收益的诉讼案件，都和‘法定占有’有关，即与受传统保护的合法占有有关，从来没有涉及到所有权。”（布洛赫语）[①] 当土地越来越成为资产阶级用以投资的对象时，扩大土地规模以增加农业收入成为资产阶级的目标。但是很快就碰到法国农村特有的公共牧场制、集体地役制等限制土地所有者自由的问题，以至于重农主义者魁奈对此深恶痛绝，坚持认为“必须保证不动产和动产的合法所有者的所有权；因为所有权的安全是社会经济秩序的主要基础。如果所有权没有保障，土地就会放弃而不被耕种。如果资本和产品，不能够保证归于为耕种而租进土地和预付支出的人的手中，那就不会有提供支出的土地所有者和租地农场主。只有保证永久的所有权，才能导致把劳动和财富使用在土地的改良和耕种，以及工商业上。只有在财富惟一源泉的土地果实的分配上，保有基本权利的最高主权，才能够保证国民的所有权。”[②] 然而到法国大革命前夕，农民土地因地区不同，所占比例从22%～27%不等，但因农民人数多，每一农民所占土地很少，据对利穆赞地区进行的研究证明，23%的农民所拥有的土地不足一公顷，35%的农民拥有1～5公顷土地。大部分农民没有足以维持生活的土地，因此只能依靠拾穗权、除茬权、公共放牧权等传统做法为生。因此，在大革命初期，要求保留公共牧场的请愿书很多，个别地区甚至为此发生土地骚乱。[③] 可见，在法国农民的集体地役权与土地所有者要求享有真正所有权之间产生了冲突。这一矛盾的解决，是通过法国大革命，废除封建特权，建立土地所有权制度，没收流亡贵族土地向农民出售，建立小土地所有制而得到解决的。

《法国民法典》创造的以罗马法所有权为蓝本的“所有权”概念，其理论在法国大革命之前很长时间就已存在，但其最终得以取代封建领主权和封建性的“Saisine”则是通过革命暴力摧毁封建地产制度而得以形成的。正如有学者所指出的，“旧制度依然为中世纪的观念所束缚，认为财产作为社会劳动的成果，就应该在使用中保持它的社会性。使用财产而获得的成果不仅应该属于财产所有者，而且也应该部分地属于社会。1789年的大革命把异教徒时代的财产所有权观念引入法律，就是说财产所有权是一种排斥他人的专有使用权。”[④] 同时，用益权、使用权、居住权及各种地役权则作为所有权的限制而被法典加以规定，“许多这样的限制在法定役权或天然役权的名称下已由法典施行。…负担这些役

---

① ［法］雷吉娜·佩尔努，《法国资产阶级史》（上），康新文等译，上海洋文出版社，1991年10月初版，第376页。

② 王亚南主编，《资产阶级古典政治经济学选辑》，商务印书馆，1979年2月修订版，第229页。

③ ［法］雷吉娜·佩尔努，《法国资产阶级史》（下），商务印书馆，1979年2月修订，第229页。

④ 同③，第311页。

权实际上成了土地所有权的普遍规则。实行这些役权是由于立法者对土地所有权的关注，对邻人之间保持和谐的关心，以及首先尽力促进对土地进行耕作。在法典之后颁布的法律扩大了这些役权的范围。"① 属于法定役权的主要有从事种植和进行某些建筑物修建时应遵守一定的距离，为防止向邻地眺望而应遵守一定距离，因流水、檐滴、排灌而发生的地役权及被围绕土地的通行权。此外，"为了他人利益或物的用益权、役权或永佃权利益，…根据合同规定，可以限制所有人对物的使用权和收益权。"② 这样，用益权、使用权和居住权作为根据人的行为而设定的对所有权的限制而被规定于民法典中，放牧权作为一种必须有人的积极行为使得行使的不持续役权而为法律所认可（《法国民法典》第688条）。可见，这种以所有权为中心的立法体制反映了法国民法典的立法精神，由于法国民法典旨在统一法国的私法，对施行于法国各地的习惯法规则加以统一规范，因而各地长期存在的用益权、使用权、居住权、各种地役权必然反映于法国民法典之中，并被法学家用罗马法的理论加以重新阐释。实际上这种对于习惯法的罗马法解释早在法国民法典制订之前就已相当发达。"重要的习惯法评注家有16世纪的杜摩林、17世纪的多玛特和18世纪的波蒂埃，由于大多数人都把巴黎习惯法作为他们评注的对象，因此，随着时间的推移，它就变成了一部发展最充分、最完善、最有影响的习惯法；由波蒂埃作出特殊解释的巴黎习惯法，成为拿破仑法典的编纂人员的主要参考资料。"③ 由于对封建性权利的彻底破坏，罗马法理念的所有权得以迅速确立，以罗马法地役权和人役权为蓝本的各种土地他物权得以从习惯法的罗马法解释中保存下来，并相适应地为法国民法典所采纳。这样大陆法系的所有权及他物权体系已初具雏形，尽管在法国民法典中各种他物权的法律地位还不很适当，如用益物权（用益权、使用权、居住权和各种地役权）被认为是所有权的限制，而抵押权、质权则被视为取得财产的方法。

领主与农民之间的权利关系则主要有两种，一种是定期租赁关系，另一种是分益佃耕制（又包括永久性分益佃耕制与期限性分益佃耕制）。罗马法中的"赋税田出租"制度（locatio degli agri vectigales）在发展过程中，逐渐被私人效仿，在个人所有土地上建立了一个"永久租"的关系，最初"佃农和所有人的关系是由契约决定的，后来为'裁判官'所承认，认为佃农也具有一种有限的所有权，这在后来就成为'永佃权'（Emphyteusis）。④ 在西欧向封建主义时期转

---

① ［法］茹利欧·莫兰杰尔，《基本物权》，载于《外国民法资料选编》，法律出版社，1983年6月初版，第249页。

② 同①，第258页。

③ ［澳］瑞安，《民法的发展》，载《民法的体系与发展》，李静冰编，中国政法大学出版社，1991年10月初版，第35页。

④ ［英］梅因，《古代法》，沈景一译，商务印书馆，1995年2月初版四刷，第169页。

化过程中，主要在欧洲南部地区（如意大利、沿莱茵河与多瑙河一带），原来的奴隶中的一部分人身份提高，而一部分有私有土地的自由农民丧失了土地，主要由这两部分人组成的租地农民并未完全沦为农奴，他们的租地关系主要适用分益佃耕制度。“这种服役性质并不完全具有绝对奴隶状态的许多特征；并且他们只要在每年收获量中以部分付给地主就可以免除服役。我们也知道，他们经历了古代世界和现代世界中一切社会的变化而被保存下来，他们虽然包括在封建结构的较低级的地位，但他们在许多国家中继续以他们曾付给罗马土地所有人（dominus）的完全同样数量的贡税交与地主，而从土著农夫之中的一个特殊阶层，即为其所有人保留一半农产物的分益土著农夫（coloni medietarii），传下来了分益佃农（metayer tenantry），几乎所有欧洲南部的土地到现在为止仍旧由这些人耕种着。”[①] 永佃制与分益佃耕制的主要区别在于前者采取货币地租而后者采取实物地租形式。永佃制（emphyteusis）在法国南部变成 acapt 制度，领主的地产权利分为两个部分，即 domaine direct（土地所有权）和 domaine utile（土地使用权）。”土地使用权，永远授予农民，农民则要在接管农地时交付一笔永久佃费（acapt），并承担一定数额的现金地租（cens），永佃费的高低随情况变化不一。……领主或其他地主对于地产，仅只保留下列权利：在未缴年租或佃农无后嗣或放弃佃耕时收回农地；或在农地未得到精心耕种时宣布佃约无效。领主的权利则是每年四次收取定额现金和一笔一次交付的现金和实物。[②] 分益佃耕制（metayase）最初产生于意大利北部而传向法国。在 10~11 世纪，法国就有了分益佃耕制，但直至 18 世纪分益佃耕制才有了迅速的发展，这主要是由于货币贬值，造成法国地主纷纷转向实物地租形式的分益佃耕制度。最初的分益佃耕制度是永久性的，因为农民数量少，需要开垦的土地大量存在，而在随后的分益佃耕制度则变为期限性的。继承性的分成租佃制保护承租人不被剥夺，也保护了出租人不受货币贬值的损失。在某些地区例如在中部地区，继承性的分成租佃制获得了明显的成效。但是，随着大地产确保了自己的统治地位，期限性分成租佃制——占收获的 1/2，1/3 或 1/4——就占据稳定的优势。[③] 分益佃耕制与永佃制最明显的不同是地租的性质，此外，分益佃耕制还提高了农民的地位，土地利用关系中具有更多的人合因素与私人依赖关系，更为宽容轻松。分成制佃农是作为一个“合作者”甚至地主在农村的委托耕作者而存在，“土地主人要同农民签订一份契约，为期三年、四年或更长一些，农民同意确保土地的开发利用，农作物的收成由农民保留 2/3 或 3/4（第一年可以保留全部），供自己消

---

① ［英］梅因，《古代法》，沈景译，商务印书馆，1995 年 2 月初版四刷，第 169~170 页。

② ［美］泰格、利维，《法律与资本主义的兴起》，纪琨译，学林出版社，1996 年 12 月初版，第 162~163 页。

③ ［法］马克·布洛赫，《法国农村史》，余中先等译，商务印书馆，1997 年 9 月出版三刷，第 168~169 页。

费或出售。契约中还规定，农民可从地主手中得到一笔贷款以供开办农事，或者由地主同意提供某些器具设备或负责照管某些农事工作。”[①] 这样地主就不会轻易辞退一位租地者。法国随后流行的分益佃耕制，在法国大革命时期，并未受到动摇，而是通过《拿破仑民法典》得到明确规定，它并未作为物权加以规定，而是作为债权的一种规定于“租赁”中的“关于土地租赁的特别规则”之中。“地租和土地收益分成制的规章，立法者则原封不动地保留下来；在这方面找不到任何有利于农民的修改。”[②] 在《意大利民法典》中，也仿效《法国民法典》将收益分成制度规定于“租赁契约”中的“耕地的租赁”之中，而在第三编“所有权”部分设定了“永佃权”一章。永佃权与耕地的租赁的主要区别在于：（1）可以永久地或附期限地设立永佃权。在附期限设立永佃权的情况下，所附期限不得少于 20 年；在耕地的租赁，需要由行业规范确定一个契约存续的最低期间，对于低于最低存续期间的合意耕地租赁，其存续最低期间延至行业规范规定的期间。但租赁不得超过 30 年，如果约定期间超过 30 年或者是永久的，则将被减至 30 年（《意大利民法典》第 1573 条）。（2）耕地的租赁中，农业生产资料（农机、劳动工具等）和农业活资产（如家畜等）由耕地出租人全部或部分提供，在租赁结束后以同样的类型、质量和数量返还给出租人，对家畜亦是如此，但承租人对幼畜及其他家畜的孳息、家畜的增长及所产生的任何其他收益享有权利。而在永佃权则无这种关系。（3）永佃权可以转让，永佃权人转让永佃权时无须向土地的所有人支付任何费用，在设立文件中，土地的所有人可以在不超过 20 年的时间内，完全或部分禁止永佃权人以生前行为转让永佃权。在违反禁令进行转让的情况下，永佃权人不因转让而解除对土地所有人承担的责任，应当与受让人一起连带承担这一责任。而耕地的租赁，除有相反的约款，承租人有将承租物让渡他人的转租权，但是未经出租人的同意不得转卖契约（《意大利民法典》第 1594 条）。在法国之所以“永佃权”未得到规定，主要原因在于永久性土地租赁形式在 17～18 世纪已很少见了，“最古老的租约不仅保持着封建领主所有制的古老习惯，而且一般大都是永久性的，从而使农民家庭有一种安全感。随着时间的推移，尤其是到了 17 世纪，有期土地收益分成制逐渐占了上风。有期租约取代了永久性租约，从根本上改变了人与土地的关系。”这样，原本施行不广泛的永佃权制度，在法国没有保存下来，相反在有历史根基并在农地租赁中适用的意大利，得到法典的规定而保存下来。

在英国，自 12 世纪建立了专门的王室司法机构，但涉及领主采邑内的农民

---

① ［美］泰格、利维，《法律与资本主义的兴起》，纪琨等译，学林出版社，1996 年 12 月初版，第 163－164 页。

② ［法］雷吉娜·佩尔努，《法国资产阶级史》（下），康新文等译，上海译文出版社，1991 年 10 月初版，第 312 页。

租地案件，则是由领主的法庭自行依习惯法作出判决，由于习惯法不具有成文性，极易受到领主法庭的篡改，有利于领主的前例逐渐得到援引，这样“到 14 和 15 世纪，领主法庭审判官越来越不愿承认农民对租地的继承权，而习惯于由土地证书——土地保有权证书来确认租地，因为租地只能通过登录簿才能在领主的土地名册中得到证明。”① 公簿持有农的出现，其进步意义在于使具有农奴性质的维兰转化为自由的土地租赁者，但地租是经常变动的，地租剥削加重，农民对土地的“物权性”权利，其根基已发生动摇。到 15 世纪末，国王的司法管辖权已能够干预领地内部事务时，“他们只能在不同的土地惯例的基础上作出自己的判决，而这些原封不动地交给他们的惯例，几乎已经完全变了样。最终他们承认各地最大多数的农民对土地的占有并不牢靠，”② 这就造成了随后发生的圈地运动对农民权利的粗暴侵害的可能。而在法国，是由国王法庭直接审理领主与农民之间的租地案件，”对这些案件进行审判，不言而喻，审判是根据当地惯例进行的，在这种方式下，他们往往作出规定由农民负担诉讼费用，并且一直就沿袭下来。…但是，农民最重要的好处是至少保留了租地的继承权，租地继承权经由法官的保证得以巩固，从此后不容再有争议。”③ 从而在法国形成了农民终身租地制对领主权的制衡。从 16 世纪至 18 世纪，由于土地登记制度的逐渐完备，份地佃农的“Seisine”已被视同与所有权相等，“土地由领主管家分类登记以便于征收田租，经常是按人头排列登记，记上承担负担的土地持有者的姓名，这是决定‘所有者’的字。这也是实际意义重大的字，它确认和加强了永久性这一概念，即佃农对房屋和田地行使固有的物权。”④

与法国不同，英国并未从实际占有（Seisin）制度转向罗马法理念的所有权制度，“英国法在揭示土地保有人与土地的关系时，所注重的并非所有，而是占有（Possession）——对土地而言即 Seisin。一个占有土地的人，其权利（title）优于一切不能证明自己对土地享有更佳的占有权（right to seisin）的人。在这个意义上，所有对土地的权利（title）都建立在占有（possession）的基础上。对土地的占有（seisin）是权利（title）的根基（root）。可以毫不夸张地说，就土地而言，英国法不是关于所有的法律，而是关于占有的法律。”⑤ 为什么在英国没有发展成为所有权概念，相反一直保持着这种占有制度呢？英著名法学家梅因指出，在英国“凡是作为自己所有而占有财产的人，就有权要求‘禁令’，并且通过一种高度人为的辩诉制度，使‘禁令’程序能用以处理一个争执占有的冲突

① ［法］马克·布洛赫，《法国农村史》，余中先等译，商务印书馆，1997 年 9 月出版三刷，第 146 页。

② 同①，第 417 页。

③ 同①，第 147 页。

④ 同①，第 148 页。

⑤ Cheshire and Burn's，“Modern Law of Real Property”，（1982），P28。

请求。"[①] 同时由于回复不动产的物权诉讼在英国法院，其诉讼手续相当迟滞而复杂。之所以对土地所有权的确认相当困难，是由于当时在土地上存在着相当复杂的权利种类。这就促使在19世纪中叶产生了一种倾向（或称运动），"在适用于回复不动产的诉讼陷入了最无希望的混乱状态后，终于不得不用一种果断的救济办法来把全部混乱一扫而光，近30年来英国在实质上已把物权诉讼加以废除。"[②] "财产所有人（domini）宁愿采用形式比较简单、方法比较迅速的'禁令'，以代替手续程序迟滞而复杂的'物权诉讼'（Real Action），并且为了能利用这种占有救济，财产所有人竟借助于假定是包括在其所有权之中的占有。容许不是真正的'占有人'而是'所有人'的人们能自由利用占有救济以证实其权利。"[③] 第一次世界大战以后，"渴望理顺社会生活的普遍情绪推动了不动产的立法改革。这一立法改革的指导思想无非是希望使土地的转让像货物和股票的转让一样迅捷和简便。"更深层的原因在于土地作为主要社会财富已发展到金钱、贸易占据统治地位的商业社会，土地权利转让上的诸多阻碍难以适应经济发展的要求。英国1925年《财产法》对土地权利进行了激进改革，只保留了两种法定地产，即现有绝对自由继承地产和绝对定期租赁保有地产，并废止了土地权利可以设定将来权益的可能性，"诸如存在于地产回复权或剩余地产权中的自由继承地产权，尽管它们可能作为衡平权益而存在，即是说，它们只能作为信托基金中的权益，不能成为法定地产权。…某人凭借终生转让证书或限定继承权益或作为地产回复权人或剩余地产权人享有的将来占有的权利去占有土地，既然所有这些权益只能作为衡平法上的权益而存在，这些权益就不随财产而转换，"[④] 从而大为简化了土地权利，使对土地权利的任意人为限制受到约束，这些改革使英国土地权利得到法律的明确限定，走上了与大陆法系物权制度完全不同的道路。

德国的土地所有权与他物权的演进，则可从两条线索加以追溯，一是与西欧各国封建主义时期共同具有的实际占有制度，亦即德国的Gewere制度之演进；另一条线索是德国固有的日耳曼法所有权之演进过程，在社会政治、经济制度的革命中，通过对罗马法的实践继受和理论继受而最终演变为《德国民法典》中具有罗马法理念，但又不失德国特色的土地所有权与土地用益物权制度。

日耳曼法上的Gewere，相当于英国的Seisin和法国的Seisine。[⑤] 通常认为，

---

① ［英］梅因，《古代法》，沈景一译，商务印书馆，1995年2月初版四刷，第165页。

② 同①。

③ ［英］梅因，《古代法》，沈景一译，商务印书馆，1995年2月初版四刷，第165页。

④ ［英］F. H. 劳森、B·拉登，《财产法》，施天涛等译，中国大百科全书出版社，1998年4月初版，第107－108页。

⑤ 刘得宽，《日耳曼法上的占有－Gewere》，载《民法诸问题与新展望》，1980年11月再版，第307页。

Gewere 在拉丁语中为 Vestire 或 investire，在语源上来自于 wern，vasjan，werjan verjan，具有“穿衣之意”。[①] 其引伸意义是指依合法手段对物进行实际支配的一种状态，此种合法手段即为 Gewere，对物的支配藉 Gewere 来实现，同时 Gewere 又是对物具有支配力的表面的表现者。“日耳曼法之物权藉 Gewere 来把握（故通常指 Gewere 为日耳曼物权法之基础），所有的物权均藉此 Gewere 之外形（持有或用益）来表现，具有 Gewere 表征者视为有物权，而受到物权法上之保护（因此，Gewere 被称为物权之外装或表征形式）”。[②] 德国法学界在 20 世纪以来通说采权利的表现形式说，如德国学者 Huber 认为，Gewere 乃是一个形式上的概念，在形式的机能中有其本质，适当的形式之中有物权之推定，即 Gewere，乃物权之表现的形式。Stobbe 也认为 Gewere 为物权取得之必要形式，Gierke 认为，Gewere 乃具内在的主张物之表现，物权必表现于 Gewere 之中。[③] 如 Seisin 一样，Gewere 也具有防御、公示、权利推定和移转权利的效力。“一切物权惟在 Gewere 之形态下方可受到法律保护。Gewere 之中不问是否有权利存在，均受保护，非以判决不能取消。…（只有当）Gewere 与其持有者之实质的权利不同，在证明依 Gewere 所主张之实质的权利不存在之情形下，Gewere 才依判决而作废。…Gewere 因可依公示之效力，破坏实质的权利，故 Gewere 非物权本身，而为物权之见诸表面之事实。凡有 Gewere 者，在其 Gewere 破坏以前，对任何人均得主张其中所表现之物权。…物之所有者对物具有 Gewere，在自己的 Gewere 之中，所有人可将表现于其中之权利，与 Gewere 一并处分之。物之处分，常依附 Gewere 而行，在其形态上，发生物权的效力，依其得失而为物权之得失。”[④] 日耳曼法中的 Gewere 制度因继受意大利占有之诉的理论而发生了自身的演变。罗马法上占有之诉，有占有保持之诉与占有回复之诉两种。“罗马法上的占有保持之诉，在意大利成为以 Possessorium ordinarium 之寻常占有保护为目的之占有之诉而存在。17 世纪末叶，此种 possessorium ordinarium 进入德国而带来变化。”[⑤] 由于日耳曼法中的 Gewere 本身具有公示效力，占有保持之诉同时就兼附带有一种实质的权利的抗辩力，这样，意大利的 possessorium ordinarium 在德国就失去纯粹占有之诉的性质，而取得了所有之诉的性质。[⑥] 相反，罗马法中的占有回复之诉，在意大利法中演化成 Spolienklage，它来源于教会的一种惯行：如有被剥夺了职位或财富的僧侣，无法向实力强于已的侵夺者主张权利时，教会就出面为此僧侣取回，而

---

① ［日］石田文次郎，《土地总有权史论》，印斗如译，1959 年 2 月初版，第 29 页。

② 刘得宽，《日耳曼法上的占有 - Gewere》，载《民法诸问题与新展望》，1980 年 11 月再版，第 307 页。

③ ［日］石田文次郎，《土地总有权史论》，印斗如译，1980 年 11 月再版，第 95 页。

④ 同③，第 90 - 93 页。

⑤ 同③，第 200 页。

⑥ 同③，第 200 页。

此时该僧侣就不必对侵夺者提起诉讼。由此而演化成的 Spolienklage 不允许受侵夺者提出所有权之抗辩，故此仅为纯粹的占有之诉，而为德国法所继受。这样，在德国所有之诉与占有之诉完全分立，占有作为一种客观事实而成为法学研究的对象，模糊的 Gewere 制度与占有之诉相对应，从而使其找到自己的地位，Gewere 制度逐渐吸收借鉴罗马法理念上的占有制度而最终被规定于《德国民法典》之中。这样，日耳曼法上的 Gewere 制度，虽然在社会作用上与法国的 Seisine 制度相同，但并未能够如法国的 Seisine 制度一样，直接演化为所有权制度。而是在德国继受了意大利的占有观念，并重新审视日耳曼法中的 Gewere 概念，从而对 Gewere 制度进行了重新规制，而形成了德国的占有制度。与此同时，在日耳曼固有法中原有的所有权概念，通过罗马法注释法学家的解释，已形成了相对明确稳定的土地所有权观念。在《德国民法典》制订之时，又经历了一次重大的革新而成为罗马法意义上的所有权观念。与法国道路不同的是，德国的所有权观念来自于对日耳曼法所有权的长期的解释和整合，而不是对 Gewere（Seisine）制度的彻底破坏而代之以罗马法意义上的所有权，这也正是为什么在《拿破仑民法典》中全力注重对所有权的规定而没有对占有的任何规定的原因。

日耳曼法上的所有权观念是日耳曼固有法上较为特殊的现象。在日耳曼法中并无所有权与他物权之区分，在日耳曼法中，所谓的“他物权”亦是所有权，只不过是“受限制之所有权，是较自由完整的范围狭窄之所有权。”“对土地之管理权处分权虽属于村庄全体或专属于领主，然农民既为事实上之利用与收益，则该土地即非同他人之物。农民对土地利用权，除受血族身份关系之限制，与因公法上服从关系或私法上的契约关系之限制，与所有权之本质上并无不同。”[①]

在中世纪末叶，分割所有权观念（geteiltes Eigentum）逐渐形成，并为法律所规定。注释法学家创制分割所有权，它包含上级所有权（dominium directum）和下级所有权（dominium utile）。“至注释法学派后期，则认为 dominium directum 乃自然的取得之所有权，dominium utile 乃依成文法上特别规定而取得之所有权，因取得时效所取得之所有权，则以 dominium utile 一语表示之。而后 dominium utile 更为广义的使用，虽非所有权，而被应用于类似所有权之权利，永租地权（永佃权）emphyteusis、地上权 superficies 亦称为 dominium utile。”[②] 注释法学家的这种分类，逐渐应用于德国采邑制度中的权利关系之中，从而形成了日耳曼法中特有的分割所有权制度。这种法学理论上的创制，适合于当时德国固有的权利关系，也有利于明确各民事主体的权利和义务。“德国所有权分割的目的在于适应当时日耳曼社会的实际需要，尤其在保护一般农民对土地的占有使用。”[③] 至

① ［日］石田文次郎，《土地总有权史论》，印斗如译，1980 年 11 月再版，第 106 - 107 页。

② 同①，第 208 页。

③ 戴东雄，《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》，1981 年 10 月初版，第 225 页。

德国历史法学派时期，又重新对分割所有权制这一双重所有权加以研究，以纯粹罗马法所有权理念取代之，从而在德国确立了真正意义上的所有权观念。普鲁士一般州法所承认的有关分割所有权的规定，于1850年3月2日为法律所废止，《德国民法典》随之确立了罗马法意义上的所有权。同时，上级所有权与下级所有权相应地发生变化，上级所有权演变为所有权而下级所有权（或利用所有权 Nutungseigentum）演变为他物权或者上级所有权演变为土地负担（Reallasten），而下级所有权作为土地所有权而予以保留。[①] 这样在德国所有权与用益物权得以分离，从这一过程中可以看到，所有权法律制度的明确确立是所有权与用益物权分离的主要动因。

第三节 评价与启示

通过对大陆法系民法中土地用益物权发展的分析，我们可以作出如下两点评价：

一、在罗马法理念的所有权基础上构建物权体系

传统的 Seisin 制度与日耳曼法中的所有权制度都在罗马法的所有权制度的继受过程中受到不断的冲击而动摇。罗马法的所有权以其权利内容的全面性、恒定性、最有力的支配权而适应了个人主义特性的经济、社会的要求，当然，罗马法的所有权理念占据支配地位，并不是一蹴而就的。在经历了漫长的罗马法继受过程后，也只有通过对封建社会的彻底破坏，才最终在法国民法典中扫清了所有权制度上的一切封建因素。在德国，这一转变是通过法国大革命的触动和普鲁士统治阶级的土地改革而逐渐完成的。在英国则缺乏对罗马法的所有权理念接纳的体制，英国法制受到罗马法的间接影响，但并未接受罗马法的所有权理念，“当法官遇到困难的问题，并且没有直接的和传统的英国法渊源作指导时，便要考虑借鉴罗马法学说。……如果在一个具体案件中罗马法被作为适宜的指导，那也并不说明是接受了罗马法。接受指的是将罗马法作为主要法律渊源而直接采纳。而这并非英国普通法发展的一个特点。”[②] 而在西欧大陆，对罗马法的继受已使之成为“欧洲普通法”并导致随后的西欧各国封建时期民法典的编纂，这显示了对罗马法的继受深刻得多、精微得多。

历史表明，只有在罗马法理念的所有权制度中，才能消灭土地权利上依附的各种封建因素，才能使土地所有权从各种束缚与羁绊中解脱出来，也只有在罗马法理念的所有权基础上才有清晰明确的土地用益物权体系的建立。英美法

---

① ［日］石田文次郎，《土地总有权史论》，印斗如译，1980年11月再版，第211页。

② ［美］格伦顿等，《比较法律传统》，米健等译，中国政法大学出版社，1993年1月初版，第167页。

系与大陆法系在所有权观念上的分歧，必将导致各种相关法律制度的迥异。建立了罗马法理念的所有权制度，必将相应建立起土地用益物权制度，两者之间有着紧密的联系。

二、对固有法上土地使用制度的改造

在继受罗马法的过程中，不仅完全接受了罗马法理念的所有权，在对土地用益物权制度的创制中，大陆法系国家也都是适应本国国情而建立土地用益物权制度。法国对于地役权、用益权、使用权、居住权加以规定，德国则在役权中规定了地役权、用益权、居住权、限制的人役权，并另设地上权与实物负担二章，瑞士民法典在限制物权之中规定了地役权、用益权、居住权、地上权、土地负担等内容，无一不是与各国实际存在的重要的土地使用形态相符合，并用罗马法的土地用益物权制度来加以重新整理，方形成今日的各国各具特色的土地用益物权制度。

在对大陆法系民法的吸收和移植过程中，日本和我国民国时期初创的民法都十分注重将原有的土地使用制度与各国的土地用益物权制度相互结合，对于地役权制度加以借鉴移植，对于地上权制度重新在本国理念基础上加以创新，对于役权概念予以舍弃，而对在西方并不发达却在东方国家盛行的永佃制度和土地出典制度加以物权化，使之成为土地用益物权的两种主要类型。“就其性质而言，我国固有法上之‘永佃’却系分割所有权，亦即由主佃分有土地之所有权（田权）。田主所享有之所有权即与永佃之名称相对，为‘田底’、‘主田’、‘大皮’、‘田骨’、‘大租’等不一而足，因之与欧陆之永佃权，性质上为用益物权者，完全异趣。我国民法仿欧陆立法例，以承认完全支配为内容之所有权为前提，建立民法上物权之制度，故固有法上具有分割所有权性质之‘永佃’，自无从照单全收纳入建制，而仅得使其脱胎换骨，以用益物权与定限物权性质，定为用益物权之一。”[①] 我国固有法上的土地出典，也经历了激烈争论，在性质上有“用益物权说”、“担保物权说”、“买卖契约说”、“特种物权说”等诸种学说，立法最终确定为用益物权之一种。由此可见，在各国固有法上存在的各种土地使用制度，都需要以大陆法系国家所建立的完整的土地用益物权制度加以重新整合，剔除其中与罗马法理念之所有权相矛盾的地方，完善其各项权利内容，使之成为真正意义上的土地用益物权。

三、启示

我国长时期以来对于土地采取两种所有制形式，即土地的国家所有制与集体所有制。由此产生了两种所有权形态，即土地的国家所有权与集体所有权。正如有学者所指出的，国家所有权在主体、客体、内容等诸方面都表明它是民法上所有权的一种，“国家所有权受制于法律的规定，实际上就是要服从民法关

---

① 谢在全，《民法物权论》（上），1995年9月修订版，第484页。

于所有权的一般规定。"[1] 土地的集体所有权是指"农村劳动群众集体经济组织在法律规定的范围内占有、使用、收益和处分自己所有的土地的权利。"[2] 可见，我国的所有权采取的是罗马法理念上的所有权。[3] 因而在我国只能在罗马法理念之所有权制度基础上构建物权体系。

令人困惑的是，我国在吸收和借鉴了香港土地批租制度后，在城市广泛推行了国有土地使用权制度，此种国有土地使用权与香港的土地使用权是有着性质上的差别的。"香港的土地使用权，可分为两类：一类是土地完全保有权，所支配的土地称为永远管业地。这种土地目前仅指英王特许的圣约翰大教堂及其庭院所占用的土地。另一类为租赁权，亦称租让权，所支配的土地为租赁地。在香港，无论香港岛、九龙、新界，除永远管业地及政府部门占用的土地之外，均为租赁地，故香港的土地使用权，主要为租赁权（租让权）。"[4] 李宗锷先生指出，此种权利为属主权（Absolute Title），"属主即是一般所谓地主。属主可自由卖出其地，又可将其地的权益分割。例如将地有期租出，或批出地役权（Easement）予相邻的属主。属主权是全面和绝对的，故可世代相传。除非属主将其地的产业完全永久割让，属主将其产业做非永久出让之后转为归属主，"享有归属主权（Reversionary Title）。[5] 属主可将其土地出租于业主，业主所享有的业主权（Leasehold Title）亚于属主权，业主不享有产业的永久和全部权益。但业主较其他类别的权益受益人优胜，因为业主可独自享有其已得产业权益。属主将产业有期割出业主权之后所余的不全产业是归属主权。有时，在产业继承或转赠过程中，原属主将产业分割为业主权和归属主权两部分分别交予不同承受人。[6] 香港的属主权制度与我国建基于罗马法理念上的土地所有权制度难以融合，在前者英王只是名义上的土地所有者，而由香港总督行使其属主权。土地所有权与地产主的属主权之间的法律关系松散，土地所有权对属主权影响微弱，而在我国大陆，国家土地所有权是真正意义上的所有权概念，国有土地使用权是建立在国家土地所有权基础上，是国家土地所有权权能分离的产物，并受国家土地所有权的深刻影响；而且，在我国建立土地使用权制度，并不是削弱国家土地所有权，而是应加强国家土地所有权。由此可见，两种制度在所有权理念上有着重大分歧，因而我国的国有土地使用权制度必须在罗马法理念之所有权基础上加以完善，并最终纳入土地使用权制度。

在整理固有法上的物权关系方面，在建立我国土地使用权制度过程中，应

---

① 王利明，《国家所有权研究》，中国人民大学出版社，1991年4月初版，第18页。
② 梁慧星主编，《中国物权法研究》（上），法律出版社，1998年6月出版，第328页。
③ 张俊浩，《民法学原理》，中国政法大学出版社，1991年10月初版，第381页。
④ 孙宪忠，《国有土地使用权财产法论》，中国社会科学出版社，1993年6月出版，第249页。
⑤ 李宗锷，《香港房地产法》，商务印书馆，1988年5月初版，第11－12页。
⑥ 同⑤，第12页。

当看到，由于长期以来民事法律规范的不健全，形成了我国特有的土地使用制度。在城市有划拨产生的国有土地使用权与有偿出让形成的国有土地使用权，在乡村则广泛推行土地承包经营权制度，而这种土地承包经营权在各地又是各具特色的。将此种复杂多样的土地使用权制度重新加以整合，使之纳入土地使用权制度之中，是今后我国物权法发展和物权理论研究的方向。对于我国目前形成的各种土地使用制度加以改造，也必须在罗马法传统的土地用益物权制度中加以涵括并完善，这是我国建立真正意义上的土地使用权制度的必然趋势。

第三章　土地使用权基本原则研究

第一节　"以利用为中心"与权利私化

一、"以利用为中心"的基本理念

所有权在其漫长的发展史中，经历过多种形态，最终在大陆法理论中，罗马法的所有权观念取得了胜利。究其原因，应当说，罗马法的所有权以其绝对性、自由性、弹力性而完全符合新兴资产阶级的要求，所有权神圣的理念由此而确立。大陆法国家的民法典，其物权篇几乎都是围绕着所有权制度而建立起来的。随着社会发展，自由资本主义时期飞逝而去，资本主义世界进入了更高的阶段，自由的所有权观念被证明是对社会发展起到阻碍作用的，由此所有权的社会责任、所有权的限制理念出现了。同时，法学理论对于使用权的保护愈加重视，"为了实现'土地所有权的现代化'理想和保护土地的现实利用者，'资本主义法遂对用益权予以保护，并赋予用益权以对抗土地所有权的效力'，其结果使土地所有权成为土地用益权之侍女。这种为了适应资本的运动法则并促进土地有效利用，而强化土地利用权，以求得地尽其力的现象，民法史上称为'土地所有权向土地用益权之让步。'"① 可以说，所有权的社会性限制与使用权的保护，是20世纪物权法的两大特色。

物权法的"以利用为中心"是非常必要的，首先，土地所有与土地利用在同一法律关系中，其地位是平等的。在早期，土地使用者并不能与土地所有者处于平等的地位，"于土地所有权通过契约关系（如设定地上权契约或缔结土地租赁契约）而与土地利用权相对立时，土地所有权也处于绝对优势地位。土地所有人可随心所欲、肆无忌惮地对土地利用人为不利益的行为，如使后发生的买卖关系打破先期存在的租赁关系，甚至任意缩短或变更土地用益权的存续期间等等。土地利用人由此沦为土地所有人之奴仆，地位极其低下。"② 史尚宽先生认为应将所有权与用益物权作为一个整体的法律关系加以考虑，"在今日，所有人为物资之支配，多需与他人之劳力结合，取得信用或订立交易关系，而延揽顾客，始可全其作用。此时物权除对于物之纯粹的物之支配关系外，应包涵对于物资现实利用之法律关系。故近时法律欲以物与其利用之法律关系，认为包括的一体（例如认有地租债权与土地所有权，地租债务与地上权构成一个法

---

① 梁慧星主编，《中国物权法研究》（上），法律出版社，1998年6月出版，第318页。

② 同①，第317页。

律地位，佃租债权与土地所有权，佃租债务与永佃权之关系亦同）。”① 立法时将所有权人与用益权人的权利义务关系平等考虑，作为一整体法律关系加以立法，从而有利于提升用益物权的地位。史尚宽先生在《民法与人权》一文中，指出，平等原则之体现，在物权法中体现为房屋承租人与所有人之平等，土地承租人、永佃权人及地上权人与土地所有权人之平等，提升用益物权的地位，也是民法注重公共利益的体现。② 民法越加注重“人”，就越来越体现为“以利用为中心”。罗马法注重抽象人格对物的抽象支配关系，土地所有者与土地利用者在抽象人格与法律地位上是完全平等的，平等理念不仅反映于契约关系之中，也在物权关系中体现出来。其次，土地利用者是土地有效与合理利用的重要的实行者，土地所有者并不能单纯地促进土地的合理利用，土地利用者在利用过程中必然添加进自己的大量劳动，保护土地利用者的权益，是“以利用为中心”的首要任务，也有利于社会经济生活的发展。现代社会与经济进步促使立法已越来越明显地由土地所有者权利的关注转向土地利用者权益的保护。“故今后物权之理想，不应以抽象的人格之保护为已足，尤应更向人的生活而发展。为适应此理想之变迁，物权关系自不能不有所变革。”③ 台湾学者陈铭堂先生结合台湾物权立法，认为“民生主义注重物之利用及收益之合理分配（如，平均地权，农地以耕者有其田为目标，市地以涨价归公，住者有其屋，普遍改善人民生活为目标等），因此，今后之物权制度，不应以抽象之人格之保护为已足，更应努力促进人类生活之美满，亦即向民生主义之理想而发展，因而民法物权之发展，自应以利用为中心”。④ 刘得宽先生则从所有利益，资本利益与生存利益之关系加以阐述，以说明“以利用为中心”的理论基础，他认为，“就不动产而言，有关不动产之利益有：所有利益、资本利益以及生存利益等。在社会上，同种利益相互间或异种利益相互间，难免会发生冲突。例如，土地所有权与借地权之间发生冲突，二者之保护要件相等时，应以后者为优先。盖以土地乃投下资本劳力创造以前的东西，若借地权人有显然的违法性则否。再者，若生存利益、所有利益及资本利益相对立，而其间的保护事由相当时，以生存利益为优先。盖以人类的生存利益具有不论在何时何地均应受到保护之普遍的价值。立法论及解释论均应沿着这个原则来展开。”⑤ 加强对土地使用的规范和保护，是因为社会生活中土地使用，不论从数量上还是范围、深度上都有所增加，使用权人的地位有增强保护的必要。我们赖以生活的世界，可以占有并加以利用的财富毕竟相对过少，以所有权限界财富的归属，必将使大多数人产生对

① 史尚宽，《民刑法论丛》，1973年2月，第88页。
② 同①，第54－55页。
③ 同①，第89页。
④ 陈铭堂，《中国现行法制之精神及发展》，1982年10月，第641页。
⑤ 刘得宽，《民法诸问题与新展望》，1980年11月第二版，第61－62页。

他人所有之物加以使用之必要，使用权人对财富的利用，相对于所有权人的利用，往往更加富于效率，更能够促进各项进步，因此物权立法应当“以利用为中心”。

从建国以后，长期以来，我国的土地制度总是将所有制问题放在首要地位。通过长期的政策、法律规范，在我国建立起了两种土地所有权，一种是城市土地国家所有权，另一种是农村土地集体所有权，它们都属于公有制范畴，是公有制的两种形式。建立城市土地国家所有权，其目的在于从全社会公共利益的角度充分利用和管理经济发展的最初级资本——土地，在计划管理的体系下更为合理地配置资源。在详细周密的城市规划、功能分区、产业布局之下，合理地进行基础设施建设，充分发挥每一寸土地的价值，同时，可以使土地使用中的经济利益掌握于劳动人民群众的手中，进一步控制和巩固公有制。不掌握土地的所有权，就无法使公有制经济在国民经济中占据主导地位；此外，只有建立城市土地国有制，才能使社会进步所产生的土地收益复归全社会所有，任何个人或团体占有此种社会进步的结果都是不合理的，国家是现阶段社会利益的惟一恰当代表者。[①] 农村集体土地所有权主要是通过合作化运动，对农民土地私有制进行社会主义改造，将农民个人所有的土地转为集体所有而产生的。农村集体土地所有权的产生包含着对农民和私人土地所有权的剥夺和否定，一方面，农村土地集体所有权的确立，防止了农村中两极分化的产生和进一步加剧，是对于我国社会主义公有制的进一步巩固和加强，维护了新民主主义革命的成果，另一方面，建立公有制为基础的高级合作社和人民公社，其目的在于打破小农自然经济生产规模狭小，生产手段落后，产量不足，成本较高的现状，使农业生产得以在机械化集约生产的基础上有突破性的增长，从而为国家重工业的发展提供必要的物质和原材料支持。但正如有学者所概括的，“我国的土地公有所有权制度非但未能于经济上得到充分实现，相反造成土地严重的浪费与破坏。究其原因，系与我国长期片面强调土地公有所有权制度的优越性（土地所有权优越于土地之利用），而忽略对土地所有权的实际利用关系的法律调整有着密切的关联性。”[②]

土地使用权制度在我国刚刚起步，这在我国民法走向世界，迈向现代化的进程中的确是一件重大的事情，其意义是非常深远的。这不仅是千百年来中国这块古老大地上有历史意义的土地权利变革，是真正用现代意义上的民法理念来整理这块古老的土地，而且这种既定的格局还将流传下去，影响所及在时间跨度上相当长。长期以来，我国的土地法律制度重视“所有”（更确切地说是重视“所有制”而不是“所有权”），对于土地所有关系规定得多，对于国家和集

① 课题组，《土地制度研究》，武汉出版社，1993年11月出版，第4-6页。

② 梁慧星主编，《中国物权法研究》（上），法律出版社，1998年6月出版，第320页。

体作为所有者的利益保护得十分周到。国家公有财产神圣不可侵犯，禁止任何人以任何手段扰乱社会经济秩序，侵犯国家和集体的公共利益。国家为了公共利益的需要，可以依法对城乡土地和其他生产资料实行征购征用直至收归国有。[①] 在土地利用方面，城市国有土地一律采用划拨方式交由各企业和单位使用，企业和单位不得买卖、出租和转让土地，不再使用的土地交由国家收回，企业利用土地的营利所得由国家享有。这是一种在上下级行政隶属关系之中形成的土地使用制度。自1986年《土地管理法》正式制定之后，行政管理对于土地利用的作用，不论是在手段还是在政府机构设置上都有很大的增强，加强了对土地领域的法制建设。同时，土地上之民事权利和义务也随之而明晰强化，民事权利的种类和内容也逐渐得到部分的规定和认可。民事权利与行政管理同时并存，并且逐渐发生分离，以土地公有制为主的行政——管理性法律体制逐渐走向以对土地的行政管理与民事规范并重的法律体制。从前我国的土地制度更加注重所有制不可动摇，对于土地利用是较为忽视的，而现在土地使用价值有所提高，不仅国家作为土地所有者可以从国有土地使用权的设立之中得到地租利益，更重要的是农村集体经济组织已不再强迫农民进行集体共同劳动，而是将集体土地交由社员耕种，充分利用自然——人力之有机结合，提高农业生产效率和产量。因此，无论从城市还是农村，我国的土地已走出沉睡，以土地利用为目的的土地新一轮变革已经起动并卓有成效地运行着。

这一过程是以利用为宗旨和目标的，是发掘土地利用价值的过程，土地使用权在此不是作为商品而进行倒卖，土地在现阶段的目标和价值应当更侧重于利用，而非交易。这一宗旨和原则，无论对于城市土地充分发挥其使用价值，充分挖掘其内潜能力，促进城市向中心内涵发展而不是以征地并交易国有土地使用权为目的外延发展，造成耕地流失，危及土地结构良性发展，还是对于稳定农村土地利用关系，促使农业生产发展都是有着重要意义的。不以国有土地和集体经济组织的土地使用为目标，不促使土地使用者充分发掘土地使用价值，提高土地使用效率，就会偏离我国土地制度改革的真正方向。因此，我国学者对用益物权制度的目的的认识是深刻的，那就是“建立一个体现社会成员对效率与公平的追求并为社会所认可的，以法律保障实现的利益机制，这一机制包括利益主体的确定、利益取得与分配方式的规制、利益成果的保障等，以此来促进、规范和保障人们在物的使用过程中对合理利益的追求，最终实现用益物权制度的促进物的有效利用的功能。……存在这样一个利益机制的社会，整个

① 1980年以后，城乡建设环境保护部加强了对村镇建设使用土地的管理，重新对国家建设征用土地作了若干说明和补充（1983年6月9日《<国家建设征用土地条例>若干问题的说明》，1984年3月7日对《关于国家建设征用土地审批问题的请示》的答复，1984年6月23日《关于国家单位用全民土地调换集体土地和征用有关问题的复函》）。

社会的物质资料就会得到有效的利用，社会的整体利益也将不断提高。"① 在我国的土地制度中强调"以利用为中心"，更主要的目的在于保护土地使用权人的利益，更有利于土地的利用，但这并不是说要忽视国家所有权和集体经济组织所有权，在社会主义国家并不存在国家所有权、集体所有权与土地使用者之间的矛盾，土地所有者与土地利用者的日的是一致的，都是为了促进土地使用效率，提高土地自身的价值，因而强调"以利用为中心"，同样是国家、集体经济组织与土地使用者的利益取向。国家、集体经济组织作为土地所有者在确保其土地所有者权益的基础上完善土地使用者的权益，"以利用为中心"构建我国的土地使用权体系，是符合我国在社会主义市场经济条件下提高土地利用效率的基本原则的，"我国未来公有土地所有权制度的改革及其立法，必将继续坚持并沿着这一强化土地利用权人的法律地位的方向而前行。"②

二、土地公有制与土地使用权私化

我国建立的土地国有制与集体所有制，建立了数量庞大的公有财产。然而，如何管理好这些公有财产，却是任何一个国家都会遇到的难题。迄今为止，尚缺乏严密有效的国有财产的法律规范。然而，在我国建立土地使用权制度，相对于国家所有权和集体经济组织所有权来说，土地使用权就构成一项独立的权利。由此而在我国城乡建立无数彼此独立亦独立于土地所有者的土地使用权，由此权利界限得以明晰，土地所有者与使用者的权利义务之日趋明确、完善已可期待，公有之土地上已逐渐产生了私有之土地使用权，并且得以在此私有之土地使用权上构筑其民事法律规范体系。

建立这样一种具有私有性的土地使用权制度，其意义与传统民法理论上的"以利用为中心"的内涵有所不同，它使我国土地制度在法律上呈现出相当奇特的景象。对于土地使用者来说，保障其使用权的长期性、稳定性亦是相当重要的，它甚至直接关系到国家的经济利益。同时，也应看到，土地使用权制度的确立，必将要求土地所有者权利义务的明确化，这必将进一步促进我国土地所有权制度的改革；私有之土地使用权制度又依托于土地所有权之稳定的基础上，因此这也必将促使土地所有权制度相对稳固下来。如果说传统民法理论上的"以利用为中心"是针对所有权之强大而采取保护土地使用者的一种思想，那么我国的土地使用权制度之建立，则可谓在国家土地所有权和集体土地所有权法律制度相对不发达的前提下，以土地使用权的私有性来明晰权利，强化土地权利义务的特殊措施，并通过它推动了我国土地所有权制度的进一步完善。

有学者指出，世界各国地产制度的模式有无偿使用计划模式、土地私有化条件下的自由买卖的完全市场模式、国家控制下的土地市场模式，只有第三种

① 梁慧星主编，《中国物权法研究》（下），法律出版社，1998年6月出版，第585页。
② 梁慧星主编，《中国物权法研究》（上），法律出版社，1998年6月出版，第320页。

模式可以在不改变国家土地所有权的情况下发挥市场的作用，是适合我国国情的。[①] 建立一种私有性质的土地使用权绝不意味着对国家土地所有权和集体经济组织所有权的否定，而是社会主义国家公有制的自我完善形式。通过几十年的探索，我国才找到了公有土地发挥其巨大的经济效益和社会效益的最佳实现形式。土地使用者享有各种形式的土地使用权，是土地使用者成为真正民事主体的重要条件。这不仅对于纯粹意义上的私有企业，而且对于各级各类国有企业和广大的农民来说，其意义都是相当深远的。只有建立了各种形式的土地使用权制度，才能有效地促使国家土地所有权和集体土地所有权在主体、客体、内容等诸多方面相应地明确作出规定；这无疑是对于国家土地所有权和集体土地所有权的促进。市场经济要求权利的明晰化、个体化，我国城市国有土地使用权与乡村土地承包经营权的出现，也正是顺应了这种时代的要求，而土地使用权制度的建立是这一进程的深化。"调和经济改革开放与过去计划经济控制使用机能的矛盾，应该落实'土地使用权'的法律制度，充实土地使用权的内涵，架构一套地产市场中'土地使用权'自由使用、收益、处分的权利内容，辅以金融政策灵活地产市场资金，建立有秩序的地产交易规范。'土地使用权'乃独立于所有权之外的他物权，乃是一种'用益物权'"。[②]

土地公有制与土地使用权的私有性质之间是否存在矛盾，土地使用权的私有性质是否符合我国的国情？有学者指出，"我国土地制度改革的方向，不是变更土地所有制的性质，而是要在土地公有制基础上根本改革传统的土地产权制度。其主要任务是：确定土地公有制所有权的人格化代表，实行土地所有权、经营权和使用权分解，在此基础上，严格界定各财产利益主体的权利、责任和利益，形成各利益主体之间的经济的和法律的关系及利益约束关系。"[③] 我国的社会主义市场经济并不否认私有制的存在，在土地制度方面，在完善、加强土地公有制度的基础上，由于各利益主体的经济需要，不可回避地需要一整套私有性质的土地使用权制度。不仅从产权明晰的角度来说，需要有这样的土地使用权，从市场经济条件下生产要素的合理组合的角度来说，也需要建立一套私权明晰的土地使用权制度。"要赶上产业结构、需求结构和企业组织结构等等的变化，适应各种生产要素的优化组合要求，使土地的边际收益达到最大值，这就需要有较充分的流动。要使土地使用权的流动达到最充分的程度，必须找到一种灵活有效的机制，其中包括较强的流转动力、及时的信息传递和灵活的转让方式等。"[④] 此外，只有完善的土地使用权制度才能保障土地上各种权利的自

---

① 吕来明，《走向市场的土地》，贵州人民出版社，1995年4月出版，第71页。
② 刘文琦，《中国城市土地使用法律制度研究》，人大博士论文，第142页。
③ 高尚全，《土地制度改革的核心是建立新型的产权制度》，载《经济研究》，1991年第3期。
④ 课题组，《土地制度研究》，武汉出版社，1993年11月出版，第51页。

由流转。在公有土地上产生的私有性质的土地使用权，固然是对于我国社会主义公有制的改革，但重要的不是这种土地使用权的私化的存在，而是如何限制、防止私有化的土地使用权对于土地公有制及由此而引申出的国家土地所有权与集体经济组织所有权的各种影响。

“土地使用权制度的建立，在一定程度上解决了国有土地所有权单一性与土地权益个别化、多元化，土地所有权凝固性与土地资源资产化流通化的矛盾，为在新的经济体制条件下逐步完善我国的土地制度，起到了积极的作用。”① 正是由于强调了土地使用权的个体化、私有化，才有必要充分重视这种土地之长期持续存在的土地使用权对于社会主义经济建设的各种影响，其积极意义和消极作用都是不容忽视的。私化的土地使用权应受到国家的宏观引导，其自由性不能违背社会的公序良俗原则，不得违背国家、集体的公共利益。正如有学者所指出的，“在当今完善用益物权制度的过程中，必须把‘利用’的价值取向放在适当的地位。在我国今后的物权制度中，自然不能再强调所有权的绝对性，但对所有权的尊重仍是建立用益物权的必要前提，对财产归属的强调仍然具有重要的现实意义。”② 应将土地所有权制度加以更为明确彻底的完善，才能保障土地使用权的权利行使具有严格的界限，在此基础上加强土地使用权制度，使土地所有权制度与土地使用权制度和谐统一，相互促进，共同完善。

第二节 土地权利分配的伦理原则

纯粹意义上的土地权利法律制度只是近现代的事情，长时期以来，尽管由于东西方统治方式的不同，但在土地所有权问题上的模糊性、土地经营方式上的习惯性一直是共同的特性。随着人类精神和理智与文明的进步，时针指向21世纪，在土地问题上土地的私有制与公有制的问题，这一尽管已存在了一百余年的古老问题，却依然是需要我们重新加以阐释和分析的问题。无论土地私有制还是公有制都面临着在国家成员间进行土地权利分配的问题，如何使之达致公平，这一人类文化进步的重大问题，时时刻刻在向我们发出呼唤。思考这一问题，更多的是古今的思想家们，从他们的睿智中，我们或许能够得到一些启发。

对于柏拉图来说，寻找一个正义的国家、幸福的国家始终是其《理想国》的最高目标。“我们的首要任务乃是铸造出一个幸福国家的模型来，但不是支离破碎地铸造一个为了少数人幸福的国家，而是铸造一个整体的幸福国家。”③ 从

① 梁慧星主编，《中国物权法研究》（下），法律出版社，1998年6月出版，第600页。
② 同①，第605页。
③ 柏拉图，《理想国》，郭斌和、张竹明译，商务印书馆，1995年2月初版三刷，第133页。

善的角度来说，这个国家的品性应当是智慧的、勇敢的、节制的、正义的，无疑这是国家的灵魂，是柏拉图为万世万代的国家所创设的道德标准，国家的任何行为都应当首先以这个标准来衡量。柏拉图认为，一个受哲学主宰的国家是最大的善，柏拉图逐一探讨了当时存在的四种国家制度，即斯巴达和克里特政制，寡头政制，民主政制和僭主政制，由于这四种政制都不是完美的，都是善恶兼存的，并有着自身的弊端又可以相互转化。因而最终柏拉图心目中的“理想国”是在现实中不存在的。“我知道合意的城邦是指的我们在理论中建立起来的那个城邦，那个理想中的城邦。但是我想这种城邦在地球上是找不到的。或许天上建有它的一个原型，让凡是希望看见它的人能看到自己在那里定居下来。”① 在柏拉图的“理想国”中并没有创建一个财产公有的国家，他只是认为国家的某些阶层，如护卫者不应该有私人的房屋、土地以及其他私人财产，他们从别的公民那里，得到每日的工资，作为他们服务的报酬，以防止护卫者具有个人利益，而终至国家分裂，促使他们有同一看法，行动有同一目标，尽量团结一致，甘苦与共。② 这样对国家来说是善的。

亚里士多德在《政治学》中，在考虑了前人的思想和现世各城邦政体后，提出他所认为的“至善”的国家。他认为城邦全境应划分公产和私产，公产以供应祭祀和公共食堂之用，私产地亩则一部分在边疆、一部分在近郊，每一公民都要在这两处分别领取一块份地。这样就满足了平等和正义的要求，又可以使公民团结一致，否则一部分公民会不关心城邦的安全，轻忽邻邦的挑衅，另一部分公民会对国家安全责任过重，有时甚至会投降敌国而有损本邦尊严。耕作土地的人以奴隶为宜，耕作私田的奴隶属各产业的主人，耕作公田的奴隶由城邦管有。③ 无疑亚里士多德的“至善”的国家及其财产所有制是提供给奴隶主阶级的一个样本，但随着奴隶制度的瓦解，他所设计的这一整套土地分配制度也随之消灭了。

托马斯·莫尔认为，平均享有的私有制依然不能消除人对于财物的恶念，其最终结果必然是贫富分化和政治变迁，因此他认为，“如不彻底废除私有制，产品不可能公平分配，人类不可能获得幸福。私有制存在一天，人类中绝大的一部分也是最优秀的一部分将始终背上沉重而甩不掉的贫困灾难担子。”④ 但托马斯·莫尔并未解决土地私有与公有的矛盾，而是寄希望于通过人们的“实干与勤奋”创造大量的社会财富，以缓解资源匮乏、土地分配不公所带来的尖锐矛盾。

随着英法两国资产阶级的兴起，17、18 世纪英法古典政治经济学蓬勃发展。

---

① 柏拉图，《理想国》，郭斌和、张竹明译，商务印书馆，1995 年 2 月初版三刷，第 386 页。
② 同①，第 200－201 页。
③ 亚里士多德，《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆，1996 年 7 月初版五刷，第 373－374 页。
④ ［英］托马斯·莫尔，《乌托邦》，戴镏龄译，商务印书馆，1982 年 7 月二版，第 44 页。

被马克思称为“英国政治经济学之父”的威廉·配第（William Petty）以及法国重农学派创始人弗朗斯瓦·魁奈（Francois Quesnay）及其追随者杜尔阁（Anne Robert Qaeques Turgot）等人是这一时期的重要代表人物。这一场政治经济学的发展最终为亚当·斯密和大卫·李嘉图所总结，构成了资本主义政治经济学的自由主义阶段相当完善的体系。然而，“在政治经济学上的李嘉图时期，同时也出现了［资产阶级政治经济学的］反对派——共产主义（欧文）和社会主义（傅立叶、圣西门）（社会主义还只是处在它的发展的最初阶段）。”[①] 无论是英国古典政治经济学还是法国的重农学派都主张保护不动产所有者的所有权，保护土地私有制。如果说圣西门的思想还受到一定的资产阶级影响，傅立叶所设计的“法郎吉”，还保存着一定的私有财产，那么发展至欧文，则主张完全废除私有制并以之付诸行动。对这两种截然相反的思想，1848年约翰·斯图亚特·穆勒以其调和折中的态度对私有制和公有制都提出了批评。“现代欧洲社会制度的开始，并非由于作为公平分配或勤劳所得的结果的财产分配，而是由于作为征服和暴力行为的结果的财产分配。尽管多少世纪以来一直在以勤劳缓和暴力的作用，这种制度仍然保留着那种滥觞的不少痕迹。……它们不是对任何人都公正对待，而是对某些人加以损害，对另一些人则给予优遇。它们故意鼓动不平等，阻止所有的人公平竞赛。”[②] 在穆勒的心目中，他那个时代的私有制并不是真正意义的私有制，真正意义上的私有制是指一种假定，每个人都能自由使用和发挥其体力和脑力，生产手段——土地和工具在他们之间公平分配，立法趋向有利于财产的分散，而不是集中，以缓和公平竞争带来的不平等，这种意义上的私有制才能够与公有制作出比较，而当时的欧洲社会的私有制无疑带有更多的邪恶和与生俱来的不平等。对于初兴的共产主义和社会主义制度来说，这一社会实践毕竟是人类以其才智通过详细规划而试图改变社会组织制度的伟大创举，但其中存在着诸多问题，首先，“在共产主义制度下劳动的干劲会降低到什么程度，或者最后是否会完全消失，不能不认为是现在尚未解决的一个问题。”[③] 其次，对于社会主义制度来说，依然要依靠实验，以便“靠经验来确定哪一种公有制度可以在多大程度上或多快的时间内代替现在的以土地和资本私有制为基础的‘产业组织’”，但当时各种社会主义和共产主义实验还很不成熟，其运作机制和优越性还难以显现出来，基于此，穆勒得出的结论是：“政治经济学家所主要关心的还将是，基于私有制和个人竞争原则的社会的存在和发展条件问题；在人类进步目前阶段所具有的主要目标不是取消私有制，而是加以改良，使社会每个

---

① 马克思，《剩余价值理论》，《马克思恩格斯全集》第26卷第三册，人民出版社，1974年版，第260页。

② ［英］约翰·穆勒，《政治经济学原理》（上卷），赵荣潜等译，商务印书馆，1991年9月初版，第235－236页。

③ 同②，第233页。

成员都能得到好处。”[①]

如果说十九世纪的社会主义和共产主义启蒙运动还是在小范围、某些社会团体中的社会实验的话，那么，进入20世纪在国家范畴上建立公有制就已成为现实，由此对于土地公有制的任何思考都必将与国家相联系，西方资本主义国家与新兴社会主义国家在此问题上分道扬镳。前者所关注的是在不改变所有制的前提下解决就业、贸易、物价和繁荣问题，后者则立足于从根本上消灭私有制并以此为基础消灭资本主义国家所固有的各种邪恶。正如法国经济学家莱昂·瓦尔拉斯所说的：“从最广泛、最概括的观点来考虑财产问题时，这个问题（公有制还是私有制）的目的主要在于建立因社会财富的占有而引起的人与人之间的关系，从而实现合乎理性和公道的人类命运的相互配合。”[②] 从本质上讲，社会财富（不动产和动产）的占有方式最终都必然要以成善为标准，不以这一标准展开讨论都会引起偏离。一个真正意义上的社会主义国家，至少在如下两个方面具有优越性：（1）全部财产的所有权从私人手中转移到政府手中，政府可以用利润向社会上的每一个人支付一笔公平的社会红利，这样与“私人拥有财产，但人人占有财产的数量相同的制度”是一样的，依然可以使全部社会财富在公民间平等分配；（2）就财产的社会所有制来看，既然全部财产收入都归之于政府，因而政府可以在较低的税率水平上依靠预算剩余，达到一定水平的公共储蓄。由此可见，财产的国家所有制对效率产生的不利影响，要比平均分配财产的私人所有制更小。[③] 面对西方国家日益严重的财产不平等现象，米德认为“只要获得收入的能力是一种促进财产所有权集中化的因素，那就可以肯定，在继承的获得收入的能力方面，任何‘向平均水平回归’的趋势，本身就有助于促使财产所有权的分配更加平等化。[④]

从公有制与私有制的对比之中，可以看到，前者更加符合正义和善的要求。正如约翰·罗尔斯所说：“经济制度不仅是满足现有需要的一种规定手段，而且也是产生和形成未来需要的一种方法。人们为了满足他们当前的欲望而共同努力的方式，影响到他们今后有什么样的欲望，会成为什么样的人。……既然经济安排产生了这些影响，而且事实也必然要产生影响，那么对这些体制的选择就牵涉到关于人类善和实现这种善的体制设计的某种观点。因此，作出这种选择不但要有经济理由，而且也要有道德和政治理由。对效率的考虑只是作决定

---

① ［英］约翰·穆勒，《政治经济学原理》（上卷），赵荣潜等译，商务印书馆，1991年9月初版，第243页。

② ［英］莱昂·瓦尔拉斯，《纯粹经济学要义》，蔡受百译，商务印书馆，1989年5月初版，第64页。

③ ［英］詹姆斯·E·米德，《效率、公平与产权》，施仁译，北京经济学院出版社，1992年9月初版，第54页。

④ 同③，第40页。

的一个根据，而且往往是比较次要的根据。”[①] 尤其对于土地这样一种逐渐成为社会财富的客体，更不应仅以效率作为权利分配的依据。对社会财富的善的体制设计永远是政治经济学所要考虑的首要问题，这种善的标准，依罗尔斯的观点，就是正义即公平观。无论是私有制社会通过各种立法制度以达到公平并缓和贫富差距还是社会主义制度下以公平占有财富，都是正义即公平观的良好的佐证。但不论哪种制度设计，如果能最终达成正义即公平之目的，都可以说是善的，正义理论对任何社会制度都是一视同仁的，并不具有偏向性。如果西方社会能够做到“土地和资本即使可能不是被平等地占有，也是被广泛地占有。社会的划分不是让一个相当小的社会部门去控制生产资源的支配权”，那么，就可以说是符合正义标准的。毋庸置疑，建立在生产资源国家所有基础上的社会主义制度，其本身就是完全符合善的标准的。

在土地公有制基础上实行自然人（法人）对土地的使用，也必将面临着善的考察，同时也必将面临着两种意义上的公平：①对土地利用机会的公平；②对土地使用利益分配的公平。可以说这无疑是更高层次上对正义原则的追求。既然社会革命的成果已经赋予我们以土地的国家所有制和集体所有制，同时应当承认的是这种土地制度具有自身的优势，因此，我们的任务就是如何将这种土地制度的优越性发挥出来，使之转化为推动经济发展的动力，而这一点也正是数世纪以来历史进程发展至今遗留给我们的使命。在设计任何一项社会制度之前，我们都无法超越自柏拉图以来古圣先贤对于善的社会制度与土地制度的追求，我国的土地制度历尽沧桑，经历了各种形态的变迁，至今依然可以说是一项崭新的刚刚起步的社会制度，那么，我们更加应当为其确立达成善的社会制度的原则。

传统伦理学的目的是探讨什么是道德上的善与恶，正当与错误，分析、评价和发展一系列道德标准，以处理各种道德问题。自伦理学从柏拉图和亚里士多德创建以来，主要形成了元伦理学和规范伦理学两大分支。元伦理学对于“什么是善”的问题的回答，或者凭直觉认定，或者凭个人经验认定或认为根本无法客观地对善作出定义，因而元伦理学由于其主观因素过浓而日趋式微。规范伦理学则建立在客观标准基础上，所探讨的是客观的道德标准的确定及其应用问题。“规范伦理学导致了规范道德规则及判断的产生，而这些规则和判断又直接具有的人类行为、品性、社会制度和生活方式应该成为什么样子的含义。”规范伦理学的两大分支目的论理论（功利主义）与义务论理论是现代伦理学的两大主流派别。目的论理论最大的特点在于将道德标准的确立与价值考虑结合起来，认为一个行为的道德正当性取决于在其所处条件下能够达到的最大的善（如效率、增值、快乐、满足等），常常把对行业结果的非道德意义上的好坏评

---

① ［美］约翰·罗尔斯，《正义论》，谢延光译，上海译文出版社，1991年10月初版，第284－285页。

价作为行为道德正当性的根据。极端的功利主义者认为，决定正当与否的是所有人类的善，而相对温和的学说则认为，应最大实现的是更多人的善，是“最大多数人的最大善”（边沁）。那些宣称应予以最大实现的善是实现一定的宗教、种族、民族、部落、经济和社会阶级、知识或政治集团，或其他某种加以限定的集团成员的利益的理论，都是这种采取中间形式的学说。这类学说在许多方面要比普遍的功利主义学说具有更大的实际影响。功利主义由休谟、边沁、亚当·斯密和穆勒等人创建并传播，在西方社会历来是占统治地位的，功利主义的观念、原则也奠定了西方政治制度、社会制度和经济制度的基础。

义务论理论来源于洛克、卢梭、康德的理论阐述。总地说来，义务论理论认为，人们应该依据某些道德原则来履行社会行为，因某些行为的固有正确性与内在的善而有义务去实施。义务论理论提出的道德准则被认为是绝对责任或绝对的社会义务，所采取的方法多是从自然法、原始状态、人类本性、历史进展、社会契约等推导出道德原则，因而义务论理论所揭示的道德义务常常更侧重于正义、公平、自由、权利、尊严等。本世纪60年代，约翰·罗尔斯提出了创新的义务论理论，从而为人们提供了足以取代功利主义的理论。罗尔斯的《正义论》重新高举起社会契约的旗帜，将人们被功利主义原则所牵引着的经济实惠主义思想重又拉回到公平正义的范畴，从而提出正义即公平的伦理原则，义务论理论大有卷土重来之势。功利主义原则之所以不可采，约翰·罗尔斯首先从假定的原始状态中推论认为，“自认地位相等、彼此有权迫使对方接受自己要求的人，会完全为了别人的更大利益而同意一种可能要求某些人牺牲自己一部分生活前景的原则，这从一开始就几乎是不大可能的。”① “一个有理性的人不会不顾某种基本结构对自己的基本权利和利益所产生的长期影响，而仅仅由于这种结构最大限度地增加了利益的代数和就去接受它。”② 这就一针见血地指明了功利主义最初立论的缺陷之处。然后罗尔斯又认为功利主义实质上是脱离正当而独立地对善作出规定，然后把正当规定为就是最大限度地扩大善。最终这种善必将沦为欲望的满足的直觉主义观念。这样为了使满足（也许其中更多的是合理的满足）总量在个人之间分配，就自然会发现是不能公平分配的，因而最终得出的结论就必然是社会主要体制的安排获得了社会全体成员总满足的最大净差额，那么就是一个正义的社会。③ 相反，罗尔斯认为，社会的每一个成员都被认为具有某种不可侵犯性，这种不可侵犯性的基础就是正义，是其他任何人的福利都不能凌驾其上的自然权利。正义否认某些人失去自由可以由于其他人享有更大的善而变得合理起来。把不同的人当作一个人而使其得失相抵，这种推

① ［美］约翰·罗尔斯，《正义论》，谢延光译，上海译文出版社，1991年10月初版，第15页。
② 同①，第15页。
③ 同①，第24页。

理不能成立。[①] 因为任何社会成员都不是达到最大满足的工具和手段，而他们本身就是目的，在这一问题上，可以说功利主义理论是错误的。在分配观上，功利主义也具有不完善之处。按照功利主义理论，体制是一些多少不完全的安排。因此，鉴于现有的欲望和爱好，及其所容许的向未来的自然延续，政治家的目标就是提出那些将会最接近既定目标的社会安排。由于这些安排要受到不可避免的限制和日常生活的妨碍，基本结构也就成了一个说明不完全的程序正义的例子。[②] 显然，如此的体制设计是缺乏正当性的，在现实生活中，我们也常常能够看到这种体制的设置，其内部和外部也均具有众多的矛盾和不协调之处。为了检验依功利主义原则设计的社会，功利主义还创造了"公正旁观者"概念。他们认为，如果一个理想的有理性的公正旁观者具有对环境的各种有关知识，他按照一种普遍的观点可能对某件事某种社会制度表示认可，那么这件事就是正当的。一个秩序井然的社会就是一个能够得到这种理想的旁观者认可的社会。[③] 然而"某种社会制度只有在符合可能在契约安排中得到采纳的正义原则时，一个理想的有理性的公正旁观者才会予以认同。"[④] 因此，功利主义所假想的"公正旁观者"并不能为其理论提供任何帮助。我国学者也认为功利主义具有内在的弱点：①功利主义没有解决个人的自由和权利与增加社会财富之间的冲突。在功利主义原则下，一些人享受较大利益而剥夺了另一些人的自由权利，为实现社会功利目的常常侵犯了个人的基本权利与自由。②功利主义提出的一元标准——"应该履行能导致最大善的行为"——并不能得到全体人民的一致赞同，因为这一标准损害了社会中少数人的利益，或者至少故意地忽视了社会中少数人的利益。③不能单纯从结果看正义与否，最大量地增加善的后果并不能直接等同于善，往往也同时伴随着恶的增加。④只看到结果的达到，而不问达到结果的手段和方法是否合乎道德，从而造成新的社会不公平和道德感的下降。⑤依功利主义的道德标准，任何责任都是有条件的，在功利目的之下将变成相对道德责任，从而减弱了其道德指导作用。[⑤]

约翰·罗尔斯提出的正义即公平理论，就是要建立一个正义的现代社会，作为一个"善"的社会及其各种制度必须满足公平原则，社会安排的正义基本上决定了基本权利和义务的分配方式，同时也决定了社会各部分的经济机会和社会条件。正义即公平观，用罗尔斯的精辟而简练的话来说就是两种原则："第一种原则要求平等分配基本权利和义务；第二种原则则认为，社会和经济的不平等，例如财富和权利的不平等，只有在它们最终能对每一个人的利益，尤其是

① ［美］约翰·罗尔斯，《正义论》，谢延光译，上海译文出版社，1991年10月初版，第30页。
② 同①，第98－99页。
③ 同①，第202页。
④ 同①，第202页。
⑤ 王沪宁，《正义论》中译本序，上海译文出版社，1991年10月初版。

对地位最不利的社会成员的利益进行补偿的情况下才是正义的。”[①] 当然，这种公平是有条件的，它要求契约论，或者说它本身建立在契约论之上。“利益的分配就应该能够促成每个人都参加的那种自愿合作，包括那些状况比较不利的人。”[②] 契约所达成的目的也是有其自身特色的，“有关协议的内容不是为了加入某个特定的社会，也不是为了采用某种特定政体，而是为了接受某些道德原则。”[③] 基于上述观点，罗尔斯认为自由主义的社会主义制度在不排斥市场经济的条件下，生产资料公有制也能够达成正义的两项基本原则，效率高低应取决于“代理人”问题，但这对公平观来说并无损害，与西方社会相比更为公平。“如果在一个社会里，所有的人都能实现他们的全面的善，或者在这个社会里，并不存在互相冲突的要求，而所有人的需要又都安排得当，毋需强制作出协调一致的活动计划，那么，从某种意义上说，这个社会就是一个超正义的社会。在任何时候，它都不再需要求助于正当原则和正义原则了。”[④] 遗憾的是，罗尔斯成书是在70年代，其思想发展在50-70年代这二十年中，时序至今，对于社会财富的完全公有公营已被证明是极无效率的，所有权与使用权相分离日益成为趋势，在社会主义国家，土地国家所有制与集体所有制也面临着这一重要变革，这就不能简单地以罗尔斯对于社会主义制度的论述为依据，相反，无论是国家所有还是集体所有的土地，在“分配”给自然人（法人）使用时，由于此种使用具有相当的自主性而与土地所有者相抗衡，它会逐渐演变成一种社会财富，是实存土地上的无形财富。因此，对于这两种所有制来说，也必将面临着对其使用制度的正义安排问题。

土地的国家所有能否就认为一劳永逸地认为是合乎正义的，这不能不令人想起英国的土地制度。英国实行土地国有制，不可否认的是英国财产权的分配实质上是极不平等的，这种不平等在很大程度上取决于土地的原始分配的不公平。约翰·罗尔斯设计了政府的四部门说，它包括两个分配部门，一个稳定部门和一个调拨部门。第一个分配部门是理顺财产的源泉，其作用一是避免垄断，防止形成不合理的市场支配力，二是通过适当的税收和补贴，修改关于财产权的范围和规定。第二个是稳定部门，其作用在于实现合理而充分就业。第三个部门是维持最低限度社会保障的调拨部门。第四个部门的任务是通过税收和对财产权的必要调整，以维持分配份额的一种大致的正义性。其方法一是征收一系列遗产税和赠与税，并对遗赠权规定若干限制，二是为增加公共善的开支而作出税收安排。[⑤] 在这四个政府部门中最关键的，并与公平相联系最密切的是第

① ［美］约翰·罗尔斯，《正义论》，谢延光译，上海译文出版社，1991年10月初版，第16页。
② 同①，第16页。
③ 同①，第17页。
④ 同①，第308页。
⑤ 同①，第301-305页。

一个分配部门。因为它涉及到地产资源的初次分配。众所周知，英国土地制度恰恰是在土地初次分配之时违反了公平原则，造成了比较严重的社会问题。任何一个正义的社会制度都有必要对土地资源的初次分配予以认真关注。在我国，土地公有制通过土地使用制度的转化，土地财富在很大程度上将变成自然人（法人）的财产。无疑这种财产是对土地使用权的所有权，但它在客观上造成了对于土地的个人垄断经营。如何使这种土地使用权的分配公平公正，是现阶段我国土地制度首要关注的问题。

不应当忘记罗尔斯的正义即公平观是以契约论作为基础的。在全体社会成员都选择了某种规则并依此规则进行分配才能够达到公平。如果我们正立足于原始状态之时，我们就没有理由不依据契约论来实现公平。社会成员的契约也许是某种规则，也许是某种议事程序，也许是某些相互必须遵守的道德原则，但无论如何，我们都有必要严格遵循这种合理选择之后的结果。“由于人们为了追求自己的目标，每个人都想得到较大的一份而不是较小的一份，由于他们对如何分配他们的合作所产生的较大利益不会漠不关心，于是就产生了利益冲突。这就需要有一些原则，以便对决定这种利益分配的各种社会安排进行选择，并认可某种关于恰当分配份额的协议。”① 约翰·罗尔斯为解决这一问题，总结了传统的正义原则的基本特点，最终提出“正当观点是具有普遍形式并得到广泛应用的一系列原则，作为安排有道德的人们之间互相冲突的要求的终审上诉法院，它们应该得到人们的公认。正义原则由于它们的特殊作用和适用对象而被人们所认识。”② 为达致正义，首要的是应确立一系列为人们所公认的原则，任何情况下都不得违背这些原则，并使其成为社会终极的判断标准，这样达到正义才具备了最基本的条件，否则没有其他道路。正是在这个意义上，罗尔斯强调契约的重要性。“契约这个术语的优点是，它表达了这样的思想：可以把正义原则看作有理性的人可能会选择的原则，从而就可以对一些正义观作出解释并证明其为正当。正义理论是合理选择理论的一部分，也许还是最重要的一部分。此外，正义原则还处理对社会合作所取得的利益而提出的相互冲突的要求；这些原则也适用于不同个人与不同集团之间的关系。‘契约’这个词不但提出了利益的恰当分配必须根据所有各方都能接受的原则这样的条件，而且也提出了这个多元性问题。正义原则的公开性条件也包含在契约用语中。因此，如果这些原则是某种协议的结果，那么公民们也就知道了别人所奉行的原则。契约理论的特点是突出了政治原则的公开性。”③

在我国土地公有制基础上，在城市和乡村都将要形成无数独立、自由的土

---

① ［美］约翰·罗尔斯，《正义论》，谢延光译，上海译文出版社，1991年10月初版，第139－140页。
② 同①，第149页。
③ 同①，第18页。

地权利，如何保障土地权利分配的正义性，尤其是土地权利初次分配的正义性，在我国城市和乡村都是一个现实问题，而这一问题的解决有待于社会基本正义原则的显现。在我国的土地制度改革过程中，应当达到的目标，不可否认，只能是初次分配土地权利的平等性，为此，没有一个正义的善的土地制度。为达到这一目标，社会成员的自愿选择及社会公认的正义原则的形成及其形成机制，其意义就相当重要，必须尊重这种公众选择和对土地权利分配的公认原则。

第三节　诱致性制度变迁与强制性制度变迁

在土地使用权制度建立过程中，可以看到，土地使用关系的诸多规范既来自于经济发展的自发形成，又有许多规范需要国家通过强制规范加以规定。在土地使用制度的改革过程中，这两方面的因素都发挥了重要的影响。因而，探讨制度安排与制度变迁的基本规律，以适用于我国土地使用权制度的逐步建立和完善，是有现实意义的。

制度经济学（Institutional Economics）可分为旧制度经济学、过渡时期制度经济学和新制度经济学派三个发展阶段。本世纪20年代到30年代是旧制度经济学派繁荣的阶段，其代表人物有凡勃伦、康芒斯、米契尔等人。30年代至战后初期为过渡时期的制度经济学阶段，代表人物有贝利、米恩斯、艾尔斯、克拉克等人。二战后至今为新制度经济学时期，此时期制度经济学内部又划分为不同的学派，其观点来源均可上追于凡勃伦、康芒斯、贝利等人的启发。如加尔布雷恩和缪尔达尔继承了凡勃伦、贝利的衣钵，科斯、威廉姆逊、德姆塞茨、诺斯等人的观点则深受康芒斯法律——经济统贯考虑的学术风格和观点的影响，米契尔经验统计、“动态数列分析”的方法则由库兹涅茨和阿布拉莫维茨继承下来，用经济统计的方法分析现代经济增长和波动的结构与制度。

制度经济学的主要特色是对制度（Institutional）的分析与理解，那么什么是“制度”呢？依制度经济学的创始人凡勃伦的观点看来，“人们对于现有的思想习惯，除非是出于环境的压迫而不得不改变，一般总是要想无限期地坚持下去。因此遗留下来的这些制度，这些思想习惯、精神面貌、观点、特质以及其他等等，其本身就是一个保守因素。这就是社会惯性、心理惯性和保存主义因素。”① 正是这套思想习惯、生活理论、思维惯性和政治、法律制度沉积而成的东西吸引了凡勃伦的关注，也由此开创了一门新型的经济学派。依凡勃伦对制度的定义，“制度实质上就是个人或社会对有关的某些关系或某些作用的一般思想习惯；而生活方式所由构成的是，在某一时期或社会发展的某一阶段通行的制度的综合。”② 而经

① 凡勃伦，《有闲阶级论》，商务印书馆，1963年版，第140页。
② 同①，第139页。

济制度，“就是在社会的生活过程中接触到它所处的物质环境时如何继续前进的习惯方式。”[①]沃尔顿·汉密尔顿认为，一种制度意味着一种思维方式或某种广为流行的、经久不衰的行为；制度是根植于人群的习惯或风俗，它为人类的活动划定了界限并且强加给人类的活动。杰弗里·M·郝奇森认为，社会制度是通过传统、习惯或法律约束的作用力来创造出持久的、规范化行为类型的社会组织。芝加哥学派的代表人物弗兰克·奈特认为，特定制定结构的一个必要功能在于建立起了一种稳定的行为类型，凭借它人们的预期得以形成，从而使经济交易成为可能，并且制度在决定每一参与者所获社会财富的份额问题上举足轻重。[②]

康芒斯则是从集体行为入手，在他看来，经济活动中除了个人交易之外，还有一个重要的组成部分，那就是对于利益冲突的集体行动，即国家或城市中那些握有统治权的人的集体行动。在将无形财产、稀少性、未来性等中心概念吸纳到自己的学说之中后，他提出应当改变传统经济学的单一因果关系原则，即打破旧经济学家只选择一个中心概念来构建自己的学说体系，如以“劳动”、“资本”、“纯产品”、“商品”等来构建经济学说的方法，而采取多元的因果关系，即“制度的因果关系”，究其实质是将经济学置放于更为广阔宏观的社会背景之中加以研究，更重要的是对于集体行动给予充分的关注。在其鸿篇巨作《制度经济学》中他无意对什么是制度下一定义，但我们可以从另一个中心词“秩序”之中体会到“制度”的意味，康芒斯将秩序称为集体行动的运行规则而且其本身在不同的历史阶段是变化着的。由秩序导致协调，而“协调不是经济学的一种假定的前提——它是集体行动的后果，这种集体行动的目的在于维持那管制冲突的规则。”[③] 由此康芒斯的“制度”就是一种具有“普遍性的达成协调消除利益冲突”的由集体行动来执行的运行规则。其后，加尔布雷思的《新工业国》、《丰裕社会》、《新社会主义》等著作，提出以“成熟的公司”为基础的现代“工业系统”构想，而以科斯为代表的新制度经济学产权学派则在产权安排、制度创新方面进行了更为深入细致的研究。

在制度创新理论中，诱致性制度变迁理论与强制性制度变迁理论是一种对我国具体实践具有借鉴价值的探讨制度演变原因的学说。诱致性制度变迁针对一个特定时间进程的特定社会而分析导致制度变迁的原因。在一个特定时间特定社会中的制度变迁大体上可以分为两种模式，一种是“自下而上”的诱致性制度变迁，另一种是“自上而下”的强制性制度变迁。诱致性制度变迁是指现行制度安排的变更或替代，或者是新制度安排的创造，它由个人或一群（个）

---

① 凡勃伦，《有闲阶级论》，商务印书馆，1963年版，第141页。

② 张宇燕，《经济发展与制度选择——对制度的经济分析》，中国人民大学出版社，1992年10月初版，第114-115页。

③ 康芒斯，《制度经济学》(上)，商务印书馆，1994年2月初版五刷，第13页。

人，在响应获利机会时自发倡导、组织和实行。与此相反，强制性制度变迁由政府命令和法律引入和实行。诱致性制度变迁必须由某种在原有制度安排下无法得到的获利机会引起。[①] 一旦发生制度不均衡，就会引发获利机会，而此种获利机会如无法在原有制度中获得，则个人之间经过长时期的谈判可能使一个制度安排发生改变，而最终引致其他制度安排的改变；但诱致性制度变迁不能离开政府的引导，以及在必要之时的强制性制度变迁。这是因为纯粹个人之间的谈判动力如果没有正确的引导，并不会导致“合理价值”的产生，其中“通过利用经济与政治资源以努力实现制度创新”的偏向始终存在，这是一种具有消极性的偏向力量，只有国家站在“共同利益”的角度采取必要的措施，才能大体克服此种偏向，但远远不能消除之。因此强制性制度变迁的重要性就凸显出来。道格拉斯·C·诺思在《经济史中的结构与变迁》一书中通过对西欧经济史和产权制度的变化的分析，对于制度变迁理论提出了自己的见解后，认为“制度是一系列被制定出来的规则、守法程序和行为的道德伦理规范，它旨在约束追求主体福利或效用最大化利益的个人行为。”[②] 行为约束可分禁忌、规则和戒律三种，有些约束对全体社会成员在任何情况下均有约束力，有些规则只对某部分成员在某些情况下适用。宪法的最大功效在于确定产权，因此在制度中宪法的作用十分重要。“一个政治——经济体制是由彼此间具有特殊联系的一套复杂的制度构成的。宪法是这种体制最基本的组织约束，其目的是通过界定产权及强权控制的基本结构使统治者的效用最大化。它们是在下述目标下建立的：①设立一个财富和收入分配方式；②在竞争性世界中界定一个保护体制；③为执行法体制设置一个框架以减少经济部门中的交易费用。”[③] 由此可见，强制性制度变迁的方式是多样化的。

我国城市和乡村的土地使用制度改革，最初的起因是由于顺应经济发展的要求而发生。在我国城市国有土地使用权有偿出让制度，是由于行政划拨国有土地使用权制度难以促使国有土地利用率提高，难以适应市场经济主体对土地基本权利需要而采取的一种改革措施。在我国乡村，正如有学者所指出的，“一般说来，引致一国工业化初期新的土地所有制形式的主导因素是政治因素，也就是说一个国家农业变革后形成哪一种形式的土地所有权制度，主要取决于变革中的社会各主要政治集团所据有的权力和实力较量。此为土地所有制度形成的政治导向型规律。……引致一国工业化初期新的土地使用制度形成的主导因素是资源因素，即是说一个国家农业变革后形成什么样的土地使用制度，主要

① 林毅夫，《关于制度变迁的经济学理论：诱致性变迁与强制性变迁》，载《财产权利与制度变迁》，三联书店，1994年11月新1版，第384页。

② 道格拉斯·C·诺思，《经济史中的结构与变迁》，陈郁等译，三联书店，1994年12月初版，第225－226页。

③ 同②，第229页。

取决于农业中土地资源相对于劳动资源的丰富。当农业土地资源相对于劳动力资源较多时，一般趋向于大土地使用制，而当农业土地资源相对于劳力资源较少时，就趋向于小土地使用制，此为土地使用制度形成的资源导向型规律。"[①]这一论断恰恰符合我国农地制度的历史演进，我国农地集体所有制的建立是包含着很多政治因素在内的，而农地使用制度则受到人地资源比例、农业科技水平、农业经营组织成熟程度等诸多因素的影响。当集体土地的集体所有、集体劳动不能满足农民的生存需要时，民间的自发土地承包经营就成为一种典型的诱致性制度变迁。但是如果政府不及时采取措施，统一规范已变化了的农地使用制度，不仅在现实生活中易产生权利义务的混乱状况，而且会使农地制度的进一步完善受到抑制，因而，政府出于公共利益的考虑而进行强制性制度变迁就是十分必要的，这也正是从法律制度上确立农地使用权制度的出发点。

正如有学者所指出的，"农地制度创新存在着两种基本的类型。一类是自发演进型，另一类是自觉创新型。自发演进型是指随着生产力水平的不断提高，农地制度也逐渐发展变化，并经由量变到质变，最终以一种新的制度取代旧的制度。……所谓自觉创新型，指的是人们发挥自己的主观能动性，而自觉地进行制度选择和制度创新。在现实的制度创新之中，有两种不同的情况，一种是在单纯的经济利益的驱使下而为之，另一种是基于经济利益的目的，同时凭借对农地制度现状中存在问题的了解，对农地制度未来演进方向及其规律性的认识，而进行制度选择和创新。"[②] 因而，从制度变迁理论中，可以看到，任何制度变迁都离不开诱致性制度变迁与强制性制度变迁的交替反复。政府采取强制性制度变迁的条件，学者指出，"经济增长时会出现制度不均衡。有些制度不均衡可以由诱致性创新来消除。然而，有些制度不均衡将由于私人和社会在收益、费用之间有分歧而继续存在下去。只要统治者的预期收益高于他强制推行制度变迁的预期费用，他将采取行动来消除制度不均衡。如果制度变迁会降低统治者可获得的效用，……那么国家可能仍会维持某种无效率的不均衡。"[③] 在我国土地制度由诱致性制度变迁向强制性变迁过程中，也恰恰存在着这种国家对预期利益的比较，而在我国，克服土地使用权制度内部的诸多矛盾和缺陷，对其加以完善，从而创建一个有机和谐的土地使用权制度，对于国家土地与集体所有土地的所有者利益与使用者利益来说都是十分迫切的，因为不关注土地使用权人的权益就无法最终保障国家和集体的利益。为此，国家有必要及时进行强制性制度变迁，克服诱致性制度变迁的随机性、盲目性，贯彻国家、集体对土

---

① 李激，《土地制度创新与农业发展》，载蒋和平主编，《通向二十一世纪的中国农业：农民组织、农业制度、农村发展》，中国农业出版社，1995年4月初版，第125-126页。

② 赖泽源，《比较农地制度》，经济管理出版社，1996年1月初版，第120-130页。

③ 林毅夫，《关于制度变迁的经济学理论：诱致性变迁与强制性变迁》，载《财产权利与制度变迁》，第396页。

地的公共利益，及时创建土地使用权制度。

第四节　物权法定主义与土地使用权制度

如何制定我国的土地使用权制度，首先就涉及到物权的基本原则，其中最主要的是物权法定主义。在我国土地使用制度的创立过程中，应当认识物权法定主义在其中所发挥的作用。显然，任何立法者都不可能预先将所有可能产生的物权类型及其权利义务内容均事无巨细地规定下来；况且我国土地使用权确是一项新型物权制度，其中还涉及到国家和集体土地所有者的利益，涉及到土地使用者的切身利益，在二者之间进行权力义务的设置和分配，更需要社会生产实践长期的发展和完善，经过较长时期的发展，各种物权种类就会出现，其权力内容也会逐渐稳定、明确下来。因此，在土地使用权初创阶段就需要对物权法定主义加以深入探讨，以明确今后土地使用权制度所应加以完善充实的领域。

一、物权法定主义的起源与演变

物权法定主义产生于罗马法。在罗马法中，人役权最初是包含在地役权之中的，由于人役权的性质并不仅在于使用他人土地以满足个人便利，更重要的作用在于完全占有用益物并终生使用，地役权的目的性已不能包含人役权，于是人役权"随着地役权范围的扩大，不再被古典法所承认。"人役权最终由尤士丁尼将其从地役权中分离出来而列入役权的一般范畴之中。[①] 人役权和地役权的产生和设立是多元化的，既有以市民法设立的役权，也有以裁判官法设立的役权。在古典法时期，设立役权的行为是明示和要式的行为，对于乡村役权的设立要通过市民法中的要式买卖方式进行，而"为取得城市役权、用益权等当时不包括在役权范围内的类似权利，则需实行拟诉弃权。让渡被明确宣布为不允许的。对于行省土地，罗马市民不能在法律上取得役权。……为了以某种方式建立这种关系，所有主可以采用简约商定一方将对另一方的土地行使役权。……随着时间的流逝，这样设立的役权也从裁判官那里获得了真正的保护。"[②] 由此产生裁判官法上的役权。从役权受保护的方法上，也可以看出役权来源的多元性和复杂性。保护役权的方法有两种，即诉权和令状，诉权中有两种，役权确认之诉（actio confessoria），此为市民法上的诉权；准役权确认之诉（actio confessoria utilis）则是裁判官法上的诉权，以适用于非依市民法设立而仅以简约口约或让渡人无市民法上的所有权的役权，此种诉权由裁判官乌尔披亚努斯创制，史称"菩布利西亚那之诉"。随着尤士丁尼对于罗马法的编纂，这些来自于市民

---

① ［意］彼德罗·彭梵得，《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社，1992年9月出版，第252页。

② 同①，第260页。

法、裁判官法的地役权和人役权均被其纳入"役权"范畴，并在法学概念上加以重新厘清，最终在法律上对于物权的种类和内容进行明确的法律规定。然而，尤士丁尼也只不过起了总结和概括的作用，真正意义上的物权法定是发生在法学家们对于物权种类和内容的解释和研究之中的。[①] 正如梅因所说："从整体来讲，罗马人在法律改进方面，当受到'自然法'的理论的刺激时，就发生了惊人迅速的进步。单纯化和概括化的观念，是常常和'自然'这个概念相联系着的；因此单纯匀称和通晓易懂就被认为是一个好的法律制度的特点，过去对于复杂言语、繁缛仪式和不必要困难的尚好，便完全消除。罗马法所以能具有现存形式，是依靠尤士丁尼的坚强意志以及不寻常的机会，但是制度的基本图形，则在皇帝的改革实行以前很早就计划定当了。"[②] 在法学家们的研究中，受"自然"思想影响很大。"自然"一词来源于古希腊哲学家对于世界的原始的朴素唯物主义观，及建立于此之上的人类思想领域的某种朴素而带有规律性的东西。"（后期希腊学派）在'自然'的概念中，在物质世界上加上了一个道德世界。他们把这个名词的范围加以扩展，使它不仅包括了有形的宇宙，并且包括了人类的思想、惯例和希望。……他们所理解的自然不仅仅是人类的社会的道德现象，而且是那些被认为可以分解为某种一般的和简单的规律的现象。"[③] 随着社会的发展，人们的意识产生了十分重大的分歧，一是希望保持社会上越来越繁琐复杂的习惯，另一种思想是希望用"自然"来改造社会，依自然规律而生活正是斯多噶学派哲学的主导思想。"按照自然而生活，曾被认为是人类生存的目的，并且是最优秀的人必须要达到的目的。按照自然而生活，是解脱粗俗人民的混乱习惯和粗野放纵而达到较高级的行为规律，这些规律只有有志者通过克己和自制才能加以遵守。"[④] 这种按自然而生活的思想，促使人们去追寻一种抽象的规律，它是建基于社会生活之上而予以统辖的，是对古老的社会习惯与生活习惯的理论抽象，也正是罗马法学家们进行理论研究与归纳概括的本因。

由于欧洲封建主义时期，习惯法盛行，权利与人身紧密联系，所有权观念不发达，只有在继受罗马法的真正纯粹所有权观念，并历经社会革命，建立起近代的平等民事主体和纯粹所有权概念之后，罗马法才真正地取得了胜利。西欧各国在制定物权法时，必然需要采取物权法定主义原则，其目的在于整理旧物权，由于所有权的法律概念已发生重大变革，旧法典中的物权急需重新加以规范，又由于封建时代的物权制度与人身关系紧密相联，不对物权的种类和内

---

① 马尔西安在《论规则》第3卷（D·8，1，1），盖尤斯在《论行省告示》第7卷（D·8，2，2，）乌尔比安在《法学阶梯》第2卷（D·8，3，1，1）等著作中都列举了役权的详细种类并且就役权的内容作了非常详细的阐释。

② ［英］梅因，《古代法》，沈景一译，商务印书馆，1995年2月初版四刷，第22页。

③ 同②，第31页。

④ 同②，第32页。

容加以明确规定，不足以防止旧有习惯和封建权势卷土重来，必将有损于已经取得的革命成果。封建时代的旧物权“不仅在同一土地上，因各自身份特权之不同需求，成立重叠之所有权，……且挟身份特权之威势，使物权变成为对人之支配，此尤为近代人权思想所不容，故旧物权制度自需加以整理，使物权脱离身分之支配，成为纯然之财产权，即所谓自由之所有权。旧物权整理即毕，乃以法律规定，并禁止任意创设，以防止封建时代之物权制度死灰复燃。”[①]

在现代民法中，物权法定主义之所以重要，依然是民法物权中的重要原则，其原因还在于物权的绝对性与高度的支配力，不以法律将物权内容作划一规定，难以将物权与债权作出明确的区分，物权将形同债权一样，得由当事人自由创设，将丧失法律创制物权的意义。“惟物权基于其直接支配性与保护上之绝对性，则不许自由创设，盖物权乃是对标的物直接支配之权利，且任何人不得侵害或干涉，尤其是所有权更是贵在其对于标的物具有完全圆满与永久性之支配权利，倘所有权或其他物权，当事人得自由恣意约定其内容或为不同种类之约定，则物权者也将流为一法律名词。”[②] 此外，特权法定还使得登记程序简明化，交易安全程度提高。登记机关仅需就其登记审查权限之内的事项进行审查，超出此法定范围的权利将不得进行登记，自无从取得法律效力。“当事人对于依其交易行为可取得何种内容之物权，自需明了。知晓与明了之道无他，将物权之种类加以公示而已。然公示之技术为限，为使物权之公示简单而易行，其种类内容惟有法定，使其简单化，始能尽其全功。物权即法定，且已公示，则交易之当事人对于其交易之对象，无需繁复之调查，即得知其内容，有助交易之迅速，复得避免不自知而取得有物权负担之标的物，故能确保交易之安全。”[③] 总之，“当法律保持沉默时，权利的物权性质从来都不可能是真实的。”[④]

民法发展的进程中，也存在着反对物权法定主义的思想、学说和判例。物权法定主义对于物权种类和内容限制过严，已越来越难满足社会发展对于新型物权的要求，动辄当事人间创设的具有物权性质的权利被视为无效，这是难以符合社会活生生现实的需求的，是用法律来限制社会前进的步伐。德国学者 Heck 认为，物权法定主义所依据的两种根据“自由保护”（Freiheitsschuft）和“简明化”（Vereinfachungsprinzip）之不甚妥当，而主张物权法定主义之缓和。[⑤] 法国最高法院也多次确认物权的法定范围不受限制，法国最高法院诉状审理庭 1834 年 2 月 16 日判决指出：“法国民法典第 544 条、第 546 条、第 552 条是对关

---

① 谢在全，《民法物权论》（上），1995 年 9 月修订版，第 43 页。

② 同①，第 42 页。

③ 同①，第 43－44 页。

④ 尹田，《法国物权法》，法律出版社，1998 年 2 月初版，第 35 页。

⑤ 段匡，《德国、法国以及日本法中的物权法定主义》，载《民商法论丛》（卷七），法律出版社，1997 年 7 月初版，第 264 页。

系到所有权的性质和效果的共同权利的宣告，但无论是这些条文或其他条文，均不排除所有权的原有权能的不同形式的变更和分离。"[①] 亦有学者总结了物权法定主义的弊端在于：①立法时，人类有限之智慧，无可能就未来社会所需，先为周延至当之考虑，巨细靡遗预定各种物权制度；②民法制定时，由于物权法之传统性和民族性，或无法将习惯法上之物权，统予纳入，或提供之物权虽切合当时之社会需求，然其后经济发展之结果，却与社会需要脱节；③物权制度之存在，本即由于人类生活之需要而生，倘民法所提供之物权不能满足社会之需要，则于社会生活之长久酝酿，习惯之反复践行，必然产生物权之新种类或新内容，……但此却无法见容于物权法定，于是相互激荡，法定之物权制度与社会脱节因而更甚。"[②] 总之，物权法定主义一方面对于新型物权的出现和尽快将之总结、归纳并入民法典之中是起着消极阻碍作用，另一方面也在很大程度上保护法律规定的物权种类及内容明确化、简明化和交易的安全性。如何保持其积极价值，克服物权主义之消极作用，日本学者我妻荣提出物权法定无视说，他认为习惯法乃是社会生活自然发生，不仅无阻止可能，且如横加阻止反将有害，况保护土地之利用人，既为国家政策之需求与物权法之趋势，则自保护土地利用人之立场，亦应承认习惯法上之物权[③]。但是，此说有将习惯法效力置于成文法之上之倾向，虽在法思想上正确，但在实践中难以采纳。此外尚有习惯法包含说，习惯法物权有限承认说，最为妥当的学说当属日本学者原岛重义、高岛平创制的物权法定缓和说，该理论认为"新生之物权，苟不违反物权法定主义之立法趣旨，又有一定之公示方法时，应可自物权法定内容从宽解释之方法，解为非新种类之物权。"[④] 此说采取物权法定内容类推解释的方法，以尽可能地适用于新型物权，将新型物权尽量纳入已有的物权种类和物权内容之中。此外，在德国也承认物权规定可以加以类推适用，并且采取登记债权使其物权化的临时登记制度等以缓和物权法定主义。[⑤] 在法国，当事人为了使其创设的新物权获得登记，常常给予其设定的物权以一种"法定"物权的名称以获得行政机关的登记，这样就可以使某些权利得到物权的效力。[⑥] 台湾法学界对于物权法定主义也认为应予扩充解释加以缓和，谢在全先生为此提出的标准是"物权之新种类或不同内容，是否能为物权法定主义所容许，应是以其是否无违物权之直接支配与保护绝对性，以及能否公示，以确保交易安全为判断之基准。

---

① 尹田，《法国物权法》，法律出版社，1998年2月出版，第35页，注二。

② 谢在全，《民法物权论》（上），1995年9月修订版，第46－47页。

③ 同②，第47页。

④ 同②，第48页。

⑤ 段匡，《德国、法国以及日本法中的物权法定主义》，载《民商法论丛》（卷七），法律出版社，1997年7月初版，第263页。

⑥ 尹田，《法国物权法》，法律出版社，1998年2月出版，第37页。

果能符合此项基准，且社会上确有其实益与需要时，即可认为与物权法定主义存在之宗旨无违，当能透过物权法定缓和之运作，加以接受”。[①]

二、物权法定主义与我国土地使用权制度

在我国物权制度甫创阶段，有许多物权种类是当事人自创，其权利义务也是当事人自行约定的。同时我国物权种类和内容又很不系统和明确，并不能很好地起到应有的作用。在此情况下，有必要加强对物权种类和内容的法律规定，坚持严格的物权法定主义是重要的。在我国物权法制定过程中并没有整理旧物权之负担，可以说，保持物权特性和便于公示，保护交易安全是我国物权采用物权法定主义的原因。一方面，如果任由当事人以契约或习惯创制物权，则物权与债权将难以区分，物权即失去其特性，从而物权制度所带给社会之稳定性、安定性将不复存在；另一方面，土地使用权一旦创设，土地使用者可以直接支配物，如果任由当事人对土地使用权之种类和权利内容任意创设，会使物上限制层层叠叠，土地使用者对物的支配力亦将受到很大限制，反与物权之设立目的相违背，难以达到利用物权制度提高土地利用水平的目的，使土地利用受到诸多的局限。第三，土地使用权在社会生活中是大量存在的，物权应加以公示，使其权利内容为公众知晓，才能保障作为物上基本权利的土地使用权，能够起到稳定社会经济关系，促进交易便捷，保障交易安全的作用，只有土地之基本权利明晰清楚，才能为社会发展提供稳定的基础。此外，还应看到，不论在创建物权体系、种类、内容之时，还是在形成了一定的物权体系之后新型物权日益增多的时期，都要将物权法定主义与公序良俗原则相联系，正是公序良俗原则要求物权法中采取物权法定主义。在我国既有需要加以设置的物权，也有大体形成的物权种类，但同时也面临着当事人自创物权的困扰，这都需要公序良俗原则对之加以约束。在我国物权法定主义与公序良俗原则是密切相联系的，在土地使用权制度形成时期，由于我国的国家土地所有权和集体经济组织所有权是土地使用权的来源，保护国家利益和集体公共利益不受土地使用者的侵害又是我国土地使用权制度的一个特色。在土地使用权的法律规范中应当坚持国家利益和集体公共利益受到切实保障的精神，这也正是我国社会公共利益在物权法中的具体体现。国家土地所有权与集体经济组织所有权和土地使用权是具有平等地位的，但同时也要求保障国家和集体经济组织的社会公共利益，两者在我国土地使用权制度中相融合，在确立我国土地使用权的权利种类与权利内容之时，应将公序良俗原则贯穿其中，方能符合我国物权立法的基本方向。“因立法当时不可能预见一切损害国家利益、社会公益和道德秩序的行为而作出详尽的禁止性规定，故设立公序良俗原则，以弥补禁止性规定之不足。……目的在于，遇有损害国家利益、社会公益和社会道德秩序的行为，而又缺乏相应的

① 谢在全，《民法物权论》（上），1995年9月修订版，第49页。

禁止性法律规定时，法院可直接适用公序良俗原则判决该行为无效。”[①] 在法定物权范畴之外新产生的物权，如果仅以“其是否无违物权之直接支配与保护绝对性，以及能否公示，以确保交易安全为判断之基准”依然是不完善的，只有附加公序良俗原则作为判断基准，才是完善的。因为通过前一判断基准成立的新型物权，如不符合公序良俗原则的要求，依然不能被纳入法定物权种类之中，这两种判断基准不可或缺。

法国学者马洛里和埃勒斯敏感地注意到对于法定物权范围之外的权利的“物权化”中地产公告的作用。由于物权对第三人的对抗效力须经公告而产生，故法律未明文规定的“物”权能够被公告是十分必要的，而这正是这些权利成为物权的困难之所在，因为涉及到不动产物权时，法律列举规定了应予公告的行为，其范围是有限制的。[②] 其实，在西欧早期旧民法典中存在着仅依登记而产生物权的理论，这明显地表现于 1794 年普鲁士民法典（ALR）中，该法典认为特定物的债权依据标的物的交付或在抵押簿上进行的登记即可物权化，此为“取得权权源和形式”的理论。根据取得源的存在，当事人具有对此物的权利，通过交付以及登记的形式，物的权利即被转化为物权。在德国民法典制定时，该理论受到必须明确区分物权和债权的形而上学理论的批判，最终被物权法定主义所取代。[③] 登记审查一般有实质审查主义和形式审查主义两种方法，实质审查主义不仅就其登记之申请，是否在登记手续上适法，加以审查，同时，就其登记之申请，是否与实体法上之权力关系一致，且其实体法上之权利关系，是否有效，有加以审查之权限。登记机关应审查其登记原因之法律行为，或其他法律事实，在实体法上，是否业已成立；其已成立者，是否有效。如认其登记原因之法律行为，或其他法律事实，在实体法上未成立，或虽已成立，而属于无效者，则即驳回其登记之申请。形式审查主义则是就登记之申请，是否在登记手续上适法，赋予登记机关以审查之权限，登记机关就登记之申请，是否与实体法上之权利关系一致，不得加以审查，亦不得决定其申请登记之许否。但由于形式审查亦涉及审查“不应登记的文件”，因而形式审查常常有与实质审查方法趋同的倾向。[④] 我国 1989 年 11 月 18 日公布《土地登记规则》，1995 年 3 月 31 日发布《确定土地所有权和使用权的若干规定》，从这两个法规中可以看到，我国登记审查是采取实质审查主义，登记机关的权限相当大，但不能仅凭登记机关的审查来赋予权利以物权效力，必须将物权种类和内容以法律的形式规定下来，才能给登记机关的审查提供明确的依据。只有将物权法定化后，登记机

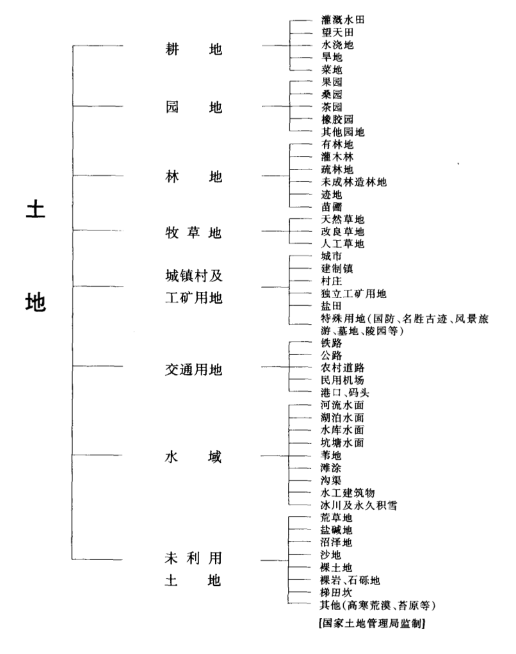
① 梁慧星，《民法总论》，法律出版社，1996 年 8 月初版，第 45 页。
② 尹田，《法国物权法》，法律出版社，1998 年 2 月出版，第 36 页。
③ 段匡，《德国、法国以及日本法中的物权法定主义》，载《民商法论丛》（卷七），第 258 - 259 页。
④ 张龙文，《民法物权实务研究》，1977 年 6 月初版，第 42 - 43 页。

关的权限才会受到真正的约束，具有明确的范围，因而，我国的登记审查制度并不具有赋予某些权利以物权效力的职能，法律未明确规定的权利不能仅凭公示而取得物权的性质。

在我国现阶段土地使用权制度尚未能顺利建立之时期，社会上存在着诸多的土地使用形式，每一种土地类型上几乎都有自己的土地使用权，每一地区的土地使用权均有自己的地方性规定，这一点在农地承包经营权中表现得尤为突出，许多土地承包经营权亦根本未能及时加以公示。在这种情况下急迫需要加速我国土地使用权制度的建立，贯彻物权法定主义原则，固定土地使用权的类型和权力内容，并加强土地权利公示制度，以消除任意创设土地物权之弊端的发展；否则，既定的土地权利，会给土地使用权制度的建立带来不必要的障碍，也会造成更大的社会纠纷和矛盾的发生。土地使用权的种类和权利内容的不确定，是我国现阶段土地使用权制度建立的最主要障碍。目前，我国较长时期持续存在有各种物权关系，对这些物权关系加以法定化，明确其种类与内容，已相当迫切。否则，没有全国统一的物权法律规范，将使得各地形成的物权关系具有地方性，物权领域趋于习惯化、复杂化。因此，物权种类和内容的法律规范在现阶段是相当重要的，只有及时以法律确定土地使用权的种类和权力内容，才能保障我国土地制度改革减少阻碍，取得显著成效。

第四章　土地使用权权利体系研究

土地使用权制度是物权体系中的一部分，土地使用权之体系，与土地之利用体系紧密相关。依据我国土地利用现状分类，土地的利用类型有：



［国家土地管理局监制］

这些利用类型之土地，如果由土地所有者交由土地利用者用益，都需要适宜的土地使用权。从目前我国法学界理论的来看，部分土地已可确立相对应的土地使用权，如耕地——农地使用权，城市、独立工矿用地、特殊用地、交通用地（不含农村道路）——地上权（基地使用权），部分土地还完全属于国家所有、集体经济组织所有，如国有林地、盐田、集体林场等。部分土地之上虽确立了土地承包经营权，但这种土地承包经营权的性质还有待研究，如牧草场、园地、林地、水面、滩涂等，在我国法学界还提出了设立用益权、永佃权、自然资源使用权的观点。在本章中，笔者试图探讨我国土地使用权体系中所包括的土地使用权种类。

第一节　地上权的设置

在我国是否应当确立地上权制度，学者们的看法并不相同，有的观点主张采用“地上权”概念，有的观点认为“地上权”概念并不适宜于我国，而主张以其他名称的土地使用权代替。否定采用“地上权”概念的理由是：土地的使用权与地上权存在着诸多差异：①我国土地实行有偿使用的制度，而且目前仅限于城镇国有土地，权利的范围包括对土地的开发、利用和经营，而不像地上权仅限于在他人土地上有建筑物、其他工作物和林木。②我国土地使用权的发展方向，将会使国有土地无偿无期限使用变革为有偿有限期使用，这与地上权不以地租和存续期限为要素条件显然不同。③当土地使用权人不按合同约定或法律规定的要求开发、利用土地时，我国土地管理部门要依法给予一定处罚，直至无偿收回土地使用权，而传统民法对地上权人通常无此方面要求。④两种权利所设置的目的不同。设置地上权的目的是为非土地所有人在土地所有人的土地上建筑与植树，而设置使用权的目的不限于建筑、植树，主要是为了生产经营。⑤两种权利的客体范围不同，地上权的客体只限于土地本身；而使用权的客体相对宽泛，除土地外，还有森林、草原等其他自然资源。⑥两种权利的内容不同，地上权的权利范围仅囿于在土地上营造建筑物、工作物和种植竹木，而使用权远远超出了地上权所拥有的内容，使用权人不仅可对土地等自然资源使用收益，而且还可依法将土地使用权进行有偿转让。也有学者主张土地使用权和建筑物所有权的保护可以代替地上权的概念，理由在于：①我国现行立法规定的土地使用权的范围是很广泛的，包含了地上权的内容。如果在法律上规定了土地使用权后，再另行规定地上权，则于内容上就会极相重复。②地上权的产生在很大程度上是与地上建筑物附属于土地的原则联系在一起的，可以说是对此原则的修正。从我国现行法律规定来看，尽管我国法律确认了建筑物与土地间不可分离的原则，但并没有规定建筑物必须为土地的一部分，特别是在土地与建筑物分属两个不同的主体时，我国法律通过对房屋所有权的保护，加

强了对建筑物所有人的保护，据此，没有必要另行设立地上权。③土地使用权在内容上不仅可以涵盖地上权，而且比地上权更具灵活性，对使用人的保护更为充分。地上权侧重于对于建筑人的保护，因为地上权本身就是以在他人土地上保有建筑物、工作物为目的，这样地上建筑物消灭，则地上权也会随之消灭。土地使用权设定时并不以土地之上是否有建筑物或工作物为依据，如果土地之上的建筑物、工作物消灭，也并不一定导致土地使用权的消灭。[①] 另有学者主张以地上权涵括目前除土地承包经营权以外的各种土地使用权，并以“基地使用权”的名称替代“地上权”的概念，之所以采用“基地使用权”名称，而不用“地上权”概念，是因为地上权作为传统民法上的法律术语，在我国已久不使用，除了专家学者的学术著作外，迄今在立法上或实务中未曾用过这一术语。由于今后设定或移转用益物权将是一个极为普遍的法律事实，在保证用益物权名称的确指性和区别性的前提下，应当考虑用益物权名称的通俗明了。国有土地使用权与地上权的内涵，都包含把他人土地作为建筑物或附着物的基地来使用的权利，“基地使用权”名称，足以表达其内涵，且能与其他物权性质或债权性质的土地使用权相区别。[②]

我国地上权概念能否确立，问题在于对国有土地使用权、宅基地使用权、农村建设用地使用权等是否能够抽象出一个上位概念。国有土地使用权、宅基地使用权和农村建设用地使用权是随着经济建设的发展而逐渐出现的，其规定散见于不同的法律规定之中。农村建设用地使用权是否能够由集体经济组织独立出让而不通过征收程序转变为国有土地使用权出让，学者们对此争论颇大。在本文中，笔者认为农村建设用地使用权应允许其自由流转，这样在我国城乡就主要可以划分出三类建筑用土地使用权，即国有土地使用权、宅基地使用权和农村建设用地使用权。将如此众多的跨越城乡两区域的土地使用权以一个概念加以规范，并在此概念之下将各种权利义务加以抽象规定，是我国土地物权研究的下一步任务。这样做，一方面可以整理现存土地使用权，使之规范化，不至于相互冲突，发生矛盾。另一方面，可以从法律概念和法律规则逻辑出发，使我国的土地使用权的设置更为科学、合理。笔者认为，可以将国有土地使用权、宅基地使用权和农村建设用地使用权归纳于“地上权”这一上位概念之中，理由是：

1. 上述三种土地使用权目的相同，都是以使用国家或集体所有土地为目的，是与地上权设定目的一致的。在罗马法中，“一切附加和进入土地的物都必然地

① 王利明，《物权法论》，中国政法大学出版社，1998年4月初版，第635-638页。

② 梁慧星主编，《中国物权法研究》（下），法律出版社，1998年6月出版，第621页。

作为添附归土地所有主所有，”[①] 因而裁判官创设地上权，“使于他人土地建筑房屋之地上权人，得藉房屋与地上权之结合，而将房屋独立于土地之外，进而得保有房屋之权利。”[②] 德、瑞民法继承了这种立法精神，重在对他人土地上建筑物的保有。台、日民法则将建筑物与土地均作为独立的不动产分别登记，这样就不存在在他人土地上的建筑物会归属于土地所有者的危险，但毕竟建筑物所有者使用他人土地，因而基于此种使用关系而形成了地上权关系。在我国大陆，由于采取土地国家所有权和集体经济组织所有权，建筑物与土地是完全分离的，建筑物所有权人可以独立地对建筑物进行登记，因而在我国大陆设立的国有土地使用权、宅基地使用权与农村建设用地使用权与台、日地上权的立法精神是完全相同的。我国大陆《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第 23 条规定：“土地使用权转让时，其地上建筑物、其他附着物所有权随之转让。”《城市房地产管理法》第 31 条规定“房地产转让、抵押时，房屋所有权和该房屋占有范围内的土地使用权同时转让、抵押。”这一原则也是在台、日民法中地上权转让时房屋所有权与地上权不分离相同的，只是在台、日民法中没有明确地加以规定，但学界通说认为，“地上权与其地上物之让与，应尽可能一并为之，以免地上物失其存在之权源，有违地上权设置之目的。……在地上物如为具有独立性之建筑物时，其既有独立之所有权，与地上权两者间，非不能分开让与，然为保全其经济作用，应透过当事人真意之探求，尽量避免此种情况之发生。”[③]

在我国存在着以有偿出让方式取得国有土地使用权进行城市土地开发的形式，它并不单纯以建筑房屋及其他地上地下建筑物为目的，而是重在土地改造。广义的城市土地开发主要包括：①通过围湖造地、围海造地等方式，开拓并增加城市土地，用于城市建设；②将废弃的、无用的、休闲的土地，经过平整开发，用于各项建设，变成可利用的城市土地；③改变土地用途，把土地的低效利用变成高效利用，即相应地投入大量资本，进行各项基础设施建设，从而在改变土地用途的同时，提高土地质量，使土地价值明显提高；④将已经或开始衰落的城市中心区域或城市中某一区域，进行新的投资和建设，使之重新焕发生机和繁荣。[④] 狭义的城市土地开发则主要是指近年来在我国大陆各城市边缘地带的各类“开发区”。城市土地开发又分为浅度开发和深度开发，浅度开发是指所谓的“三通一平”，一般城市基础设施建设齐备，即通水、通电、通车和平整场地。但由于建设开发项目不同，基础设施建筑的要求也不一样，有的建设开发项目要求增加通讯设备、铁路路基、航运码头等，有的建设开发项目要求通

---

① ［意］彼德罗·彭梵德，《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社，1992 年 9 月出版，第 266 页。

② 谢在全，《民法物权论》（上），1995 年 9 月修订版，第 425 页。

③ 同②，第 443 页。

④ 杨继瑞，《中国城市用地制度创新》，四川大学出版社，1995 年 2 月初版，第 140 版。

讯、排污、供暖气、供天燃气等设施完备，从而形成城市土地的深度开发。[①] 目前我国提倡在房地产开发中，坚持全面规划、合理布局、综合开发、配套建设的方针。所谓综合开发是指根据城市建设总体规划，统筹安排建设项目、分期施工、协调发展，以取得良好的经济效益、社会效益和环境效益的一种科学的建设经营管理方法。综合开发的主要内容，包括开发区的勘测、规划、设计、征地、拆迁、安置、土地平整和所需道路、给水、排水、供电、供气、供热、通讯等工程建设。有条件的地方，还可以包建住宅、生活服务设施、公共建筑、通用厂房等等。[②] 可见，我国国有土地使用权出让的一个职能在于将原本应由城市财政负责的市政基础设施建设，通过设定国有土地使用权的方式，交由土地开发商进行，而各市、县从中获得一笔土地出让费，这种方式不仅缓解了城市基建费用不足与城市改扩建之间的矛盾，而且促进并提高了城市房地产开发的进度，是适应社会发展需要的一项措施。土地使用者一般是房地产开发商，在对开发项目建设完成后，对各类建筑予以租售，可以说在房地产开发中，先取得土地使用权后进行项目建设，通过国有土地使用权的出让，在政府宏观调控下由房地产开发商来完成城市地产开发，城市基础设施建设及各类开发项目。如小区开发、商业区开发或各类工业开发项目，国有土地使用权在房地产开发中，其设立的目的，是注重对国有土地的使用，只不过通过项目建设而完成了原本应由城市政府来完成的各种市政基础设施建设，这也正是房地产开发不同于一般建筑物建设之处，但这并不能否定在房地产开发中，依然是为建设项目最终完成后的各种建筑物使用国有土地而设立国有土地使用权的目的。在设定以土地开发为目的的国有土地使用权之时，同时负载了为完工后的建筑物使用国有土地而设立国有土地使用权的目的，两者共同存在于国有土地使用权出让之中。

2. 关于宅基地使用权是否允许抵押。目前有许多宅基地是处于县、镇建制之中，因经济发展，宅基地使用者需要将房屋或宅基地使用权作为抵押物，以融通资金。在农村，以房屋或宅基地作为抵押物，也是许多专业户获取资金的一条重要途径，限制宅基地使用权的抵押是不合理的，会妨碍城乡个体经济的进一步发展。此外，国有土地使用权、农村建设用地使用权的抵押更为常见，是土地使用者获得生产发展贷款的主要渠道。由此可见，国有土地使用权、农村建设用地使用权和宅基地使用权均可抵押，这是与地上权可予抵押相同的，可以将此三种土地使用权归入地上权范畴。

3. 在期限上，这三种土地使用权并不相同，有偿出让的国有土地使用权因

---

① 杨继瑞，《中国城市用地制度创新》，四川大学出版社，1995年2月初版，第144页。

② 房维廉，《中华人民共和国城市房地产管理法释义》，人民法院出版社，1995年10月二版，第84页。

土地用途而分为五种期限，行政划拨的国有土地使用权是不定期限的，而宅基地使用权并未明确规定其期限，农村建设用地使用权亦应有期限限制，可见，目前我国土地使用权有定期限和未定期限两种形式，而地上权也有定期限和未定期限两种。对未定期限地上权，学者见解应至建筑物不堪使用之前地上权均不得终止，于其目的达到前，土地所有人不得终止之，亦惟如此，方能与法律保护利用权之趋势与精神相符。[①] 在我国宅基地使用权未定期限，亦应作如此解释，这样也是符合我国设定宅基地使用权的习惯和目的的。因而，我国国有土地使用权、宅基地使用权、农村建设用地使用权在期限的规定上，与传统民法中的地上权是相符合的。

4. 目前农村宅基地使用权是无偿取得的，城镇非农业户口居民建住宅，需要使用集体所有的土地时，是应参照国家建设征用土地的标准支付补偿费和安置补助费的；所以，在宅基地使用权中又分为有偿和无偿两种形式。在国有土地使用权中；除划拨国有土地使用权外，国有土地使用权和农村建设用地使用权均应有偿取得，但这并不与地上权理论相违反，地上权的设定可为有偿和无偿，支付地租并不是地上权的成立条件，因习惯和社会需要或当事人约定，有的地上权采取有偿取得方式，有的地上权采取无偿取得方式，亦无不可，反而能以地上权的灵活性适应社会的需要。

5. 当地上建筑物消灭时，是否引起地上权的消灭。德国民法典第 1016 条，德国地上权条例第 13 条均规定地上权不因工作物的灭失而消灭；台湾民法典第 841 条规定，地上权不因工作物或竹木之灭失而消灭，其立法解释认为地上权的标的物是土地，而非工作物或竹木，故工作物或竹木的灭失，地上权依然存立。意大利民法典第 954 条规定，地上建筑物的灭失不导致地上权的消灭，有相反约定的不在此限。史尚宽先生对台湾民法典第 841 条的解释亦认为工作物或竹木灭失，地上权并不当然消灭，但不妨当事人以工作物或竹木之灭失，为地上权消灭之约定事由。[②] 在我国大陆，是否规定建筑物灭失不导致地上权消灭，笔者认为，由于我国农村宅基地是以社员资格取得，是具有福利性的土地使用权，一般来说地上建筑物灭失，则并不当然导致地上权消灭，但也不否认集体经济组织与其成员约定，建筑物倒塌、拆毁后，宅基地使用权随之消失，从而促进农村宅基地的更有效的使用。我国《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第 39 条规定："土地使用权因土地使用权出让合同规定使用年限届满、提前收回及土地灭失等原因而终止"，并未规定地上建筑物消灭作为土地使用权终止的原因。农村建设用地使用权由于是通过出让方式取得，亦应类似于国有土地使用权，不因地上建筑物的消灭而导致地上权的消灭。因而，在权利消灭上，国有

① 谢在全，《民法物权论》（上），1995 年 9 月修订版，第 438 页。
② 史尚宽，《物权法论》，1957 年版，第 173 页。

土地使用权、宅基地使用权和农村建设用地使用权与地上权制度是一致的。可见，国有土地使用权、宅基地使用权和农村建设用地使用权是能够归属于地上权范畴的，因而应以地上权概括它们，并以地上权的法律规定来重新整合目前散见于各种法律法规中的建设用地土地使用权。

在我国确立“地上权”概念，以统一上述此种三种土地使用权，其意义在于：

第一，统一复杂的土地使用权概念。目前我国土地使用权立法具有因土地的利用种类而设定土地使用权名称的倾向，指地为名，因而衍生出国有土地使用权、农村建设用地使用权、宅基地使用权等诸多土地使用权，这些土地使用权自产生之时起，就未明确其法律性质，缺少法律上的完整统一规范，这些土地使用权需要抽象成为“地上权”而加以统一规定，从而统一建设用地土地使用权的权利义务内容。

第二，我国的各种土地使用权分散在各种法律法规之中，它们相对于民法来说是特别法，在民法中确定一个上位概念，在性质、权利义务等诸方面作为统一规定，有利于法律规定的完整统一性，也是各国民法制订过程的必经之路。在我国物权法初兴之时，就以已有的各国法律立法成果整理土地使用制度，有益于我国物权法律制度的适时建立。

第三，以“地上权”概念对部分现存土地使用权作出归纳，有利于我国土地使用权制度的发展。土地使用权是我国物权制度变革过程中出现的新概念，及时地用“地上权”这一传统民法概念归纳总结已有的土地使用制度，在更高层次上设计地上权制度，从而与传统民法理论接轨。

总之，“地上权”概念及其相关制度的建立，是我国土地使用权制度的重要组成部分，通过设置“地上权”概念，可以将国有土地使用权、宅基地使用权和农村建设用地使用权加以统一归纳概括，有利于统一建设用土地使用权法律制度。

第二节　农地使用权的设置

我国用于农林牧渔业生产的土地（包括水面），之所以应当使之物权化，在很大程度上是试图借助于物权的长期稳定性，提高农地利用效率。土地承包经营权具有短期性、易变性，土地的频繁变换、稳定性差无疑对农业生产是相当大的破坏和侵害；而使土地承包经营权物权化，就有必要确立农地使用权制度。

目前我国用于农林牧渔业生产的土地上设定土地承包经营权，主要可分为如下几类：耕地承包经营权、园地承包经营权、国有林地交由集体、个人承包而形成的土地承包经营权、集体林地交由个人承包而形成的土地承包经营权、集体所有的草原由个人承包形成的土地承包经营权、集体所有的水面、滩涂交

由个人承包而形成的承包经营权。

笔者认为，应以“农地使用权”概念总括目前现存的土地承包经营权，理由是：

（1）农地使用是使用他人土地进行耕种、放牧、竹木、水产养育等生产，农地使用的种类可以说是纷繁多样的，但统归起来都是在他人土地上利用土地并投入自己的劳力、资金、时间以收获自然孳息的过程，这样的土地用益需要有特定的用益物权相适应，作出统一的规定。在台湾的《民法物权编修正草案》第842条中，设定了“农用权”概念，将原为地上权的林地使用权归纳入“农用权”，其所谓农用权是指存在于他人土地之上，以农作、种植、竹木、畜牧、养殖为目的之用益物权，并且将土地用途扩充至花草栽培、菇菌之种植及园艺等。这种立法例舍弃了“永佃权”概念，又复以一个统一的用益物权涵括了农业生产方面的利用他人土地时形成的一切物权关系，无疑是一种新型的用益物权，也是对由日本民法典而沿袭下来的涉及农地之永佃权制度的改变。我国农地使用权制度的设置亦应采取这种立法例，以农林牧渔业生产为目的，甚至更广泛地扩及到荒地、荒山等的土地使用权。

（2）现存的各种土地承包经营权大多数情况下是由集体经营组织作为一方主体，在很少情况下是由国家和全民所有制单位作为主体，而另一方常常是集体经济组织的成员，诚然，这种职业性身份的划分并非合理，然而现阶段以集体成员身份享有物权的情况是占绝大多数的。上述各种土地承包经营权以“农地使用权”来概括，有利于农村各利益主体权利义务的明确、稳定。

（3）农地使用权的确立，意味着设定一种新型的用益物权，即在我国物权法之创制伊始，就要以一种统一的农地使用权来对物权关系加以宏观统辖，这种立法体例就是一种创新，它是将散见于土地管理法、基本农田保护法、森林法、草原法、渔业法等诸多法律之中的涉及土地用益的物权关系抽取出来加以统一规定。以农地使用权来总括上述法律规定之中的各种物权关系，既可以防止因分别立法而造成的权利义务不一致而形成的法律逻辑上的内在矛盾，从宏观上把握其权利义务内容等诸多规定，又可以尽可能地统一、简明农业用地的物权关系，这无疑对农业生产发展是有益的。

以物权性质的农地使用权取代农地承包经营权，可以：

（1）以物权的排他力保障农民对土地享有充分的合理使用权。在土地承包经营权制度下，农民还受到过多的行政干预，耕作决定权还受到上级行政机关的约束，而享有农地使用权，可使农民只要不超越土地用途限制（如耕地不能擅自变更为林地、果园、牧场等），就可享有农业生产自主权。

（2）以物权请求权保障农民的土地使用权不受侵犯。在土地承包经营权制度下，承包合同极易受到发包方的单方面违约，而农民投诉无门的现象十分普遍。在享有农地使用权后，就赋予了农民以物权请求权，可以行使妨碍排除权，

消除对农地使用权行使的危险及请求返还农地使用权并要求赔偿损失。

(3) 以物权的优先力保障农民权益不受土地所有权变动的影响。在农地被征收时，或农地被转为非农用地时，在土地承包经营权制度下，农民只能交出土地并仅能得到少量补偿。农民享有农地使用权，可使农地使用权并不因征收或农地转用等原因而被剥夺，从而有利于保护农民的使用利益，限制对农地的非法侵占。

(4) 以物权法定原则保障农民的土地使用权明确、具体，不受非法侵犯，农地使用权可以将农民对土地的各种权利和各种限制以法律固定下来，并公示于众，而且这些法定权利义务均属强制性规范，这样农民的权益就得到法律的切实保障，亦使国家的公共秩序得到保障。

(5) 以物权保障农民对土地使用权及相关权利种类明晰，法律关系明确。土地承包经营权在法律性质上含糊不清，农民将土地承包经营权转让、转包、出租等各种法律关系中权利性质亦难以明确。以农地使用权代替土地承包经营权，可以使权利关系明确化，赋予农民统一规范的物权，有利于法律调整。

以物权性质的农地使用权取代土地承包经营权，是我国农地使用制度改革的必然要求，是进一步依法管理农地的基础，具有非常重要的现实意义。为此，"农地使用权 " 应成为统一规范我国农业用地上的物权关系的一种新型用益物权。

有学者认为，在我国农村土地使用制度变革的过程中，蕴含着一个农业土地使用权利从债权性质向物权性质演进的过程，在权利形式上表现为土地承包经营权向农地使用权演化，社会主义市场经济体制的确立以及农业经济的持续发展进一步加速了这一演进过程。[①] 在现阶段，无疑这种阐述是深刻而有见地的，我国的农村土地使用制度中，还存在着大量的债权性土地使用权，例如鱼塘承包权，在很多地方变成短期的鱼塘租赁关系，而且愈是经济效益高，资源愈是稀缺，不能公平分配，土地使用权的期限越短，将其变成物权性质的用益物权所受阻力越大。将现有农业用地的承包经营权物权化为农地使用权就会涉及到有些土地承包经营权是否有必要使其物权化问题。这就要解决两个问题：一是对于某些土地承包经营权来说，使其保持在租赁承包关系之中对生产发展有利，还是使其成为物权有利；二是假如设定了农地使用权制度，集体经济组织与其成员是否有选择采取农地使用权还是采取土地租赁方式的自由。

使土地承包权物权化，最主要的目的就在于稳定土地使用关系，使集体成员不致因频繁变换土地而减少土地投人，使之在较长期的周期内，有系统地经营土地获取更大的利益，从而促进农业生产发展。如果集体经营组织决定采取农地使用权方式来规范集体与其成员之间的土地使用关系，固然对农业生产是

① 梁慧星主编，《中国物权法研究》(下)，法律出版社，1998年6月出版，第703－704页。

有利的，但如果强行规定一律采取农地使用权，在有些地区就很难推行，为此在农村对于某些生产资料应有采取土地租赁的自由。农地使用权作为用益物权与土地承包经营权相比较，其优越性在于长期性、稳定性，使成员与集体经济组织之间的生产资料分配——经营关系变成了纯粹的平等主体间的物权关系，使集体成员具有了独立性。在我国，因地域广阔，土地利用类型多样，即使在任何一个乡村，也拥有各种土地利用类型。强行规定一律将土地承包经营权均变成用益物权，在实践上难以做到，具体到每一乡村，具体情况不同，习惯不同，如果集体经营组织通过村社员大会决议决定对某些生产资料，如鱼塘、水面，抑或全部生产资料均不采用农地使用权，集体经营组织和集体成员亦自愿承担其后果，是否允许集体经营组织有此种自由。笔者认为，我国农业用地应当加速其物权化过程，使各种类型的用地均设定农地使用权，对于我国农业发展，农业生产率的提高是有推动作用的。在土地承包经营权物权化过程中，使集体经营组织有选择是否农地使用权的自由，从集体经济组织作为独立的民事主体角度来说是有此自由的，否定这种自由是错误的。因此，应尽快改变目前土地承包经营权制度，允许农地使用的当事者在农地使用权与农地租赁权之间进行自由选择，将果园、鱼塘、“四荒”等实行专业承包和招标承包的项目改土地承包经营权为农地租赁权，与物权性质农地使用权相对应，由当事人自由选择，这样既改变了农村经济体制改革以来沿袭下来的土地承包经营权制度，又兼顾了许多经济收入高、效益好的项目无法设立长期稳定的土地物权关系的情况，将目前农村各种用地关系均纳入民事法律规范之中。

有学者认为，“现阶段农村的基本土地制度，尤其是农业用地的使用制度，仍处于一个演变活跃期，以至于法律、政策和学术著述对农用土地使用权利的内容与形式的表述都具有不确定性。”[①] 那么，我国目前的农地使用制度中，当事人间的权利义务关系是否已经趋于稳定而足以用农地使用权加以总结与概括呢？从国家农地政策来看，尽管目前有观点认为，农业用地可以实行国有化和私有化，但目前国家对于农村经济发展的政策依然是完善集体经济组织，建立集体土地所有权，保持土地的社区性集体经济组织所有的格局，在我国很难采取农地国有化或私有化的措施。正如有学者所指出的，“（集体土地所有权再造方案）是一种渐进式、改良式的方案。虽然它不能迅速消除集体土地所有权制度已有的某些弊端，却可以使符合生产力发展要求和国家全局利益的新型农村土地权利格局逐步地形成和巩固起来，并且最终为农村土地制度的根本性变革奠定基础、创造条件。”[②] 今后我国农地制度正是建立在集体土地所有权基础之上的，农地使用权的权利来源是稳定的。从农地使用权法律关系的主体上看，

---

① 梁慧星主编，《中国物权法研究》（下），法律出版社，1998年6月出版，第704页。

② 王卫国，《中国土地权利研究》，中国政法大学出版社，1995年8月出版，第113页。

绝大多数是集体经济组织和农村社员，随着经济活动的复杂化，农地使用法律关系的主体从单纯的集体经济组织和本集体成员而逐渐扩及于国家、企业和其他集体经济组织、本集体经济组织之外的农村社员甚至非农业人口，加入土地承包经营法律关系的主体种类日益多元化。从农地使用法律关系的客体上看，也逐渐从单纯的耕地而发展为林地、果园、草原、水面、滩涂、“四荒”地等多种类型的农地，也不仅局限于集体所有土地还扩及于国家所有的林地、草原、水面、滩涂等国有土地。从农地使用法律关系的内容上看，由于农地种类的多样性，每一种农业用地都要求法律关系主体具有不同的权利和义务，这是无法回避的事实。这就要求从各类农地的承包经营权向农地使用权过渡中，通过抽象方法，抽取出农地使用权设定的期限、费用、转让、终止等若干基本条款，而对于各类农地的具体权利义务则应在不违背法律规定的情况下由当事人自行约定，因为因土地种类不同，当事人对农地的利用方式不同，当事人的权利义务亦应有所不同。在民法上建立农地使用权，其目的在于赋予其物权性质，只要将权利义务赋予物权性质，就已达到了民法将土地承包经营权转化为农地使用权的目的；而农地使用关系的主体、客体及具体权利义务内容则可由当事人双方自行约定。因此，对于农地使用权的期限、费用及其减免、是否允许其转让、出租、抵押、权利消灭及其结果作出规定，就可以将土地承包经营权物权化为农地使用权。目前我国农村土地承包经营权制度在主体、客体、权利内容等诸多方面，随着经济发展，土地使用关系都已逐渐明确、定形化，已具备了物权化的条件，能够适时地改造成为农地使用权。

第三节 地役权的设置

我国地役权制度的建立，有待于将不动产相邻关系与地役权加以明确区分。

相邻关系与地役权具有明显的差异：①相邻关系是相紧邻的土地所有者之间在行使所有权时彼此限制所有权之任意行使而产生的法律关系，地役权则不必具有土地的紧邻性，亦不是特定人之间的关系，而是为特定土地需要而使用他人土地的权利。因而不仅相邻土地之间可因土地之特定需要而在另一块土地上设定负担，而且在不相邻的一块或数块土地上亦可为某块土地之特定需要而设定地役权（如引水地役权、管线地役权）。②相邻关系属于所有权制度范畴，地役权属于用益物权范畴。“相邻关系属于自物权的范围，其创设的目的是对所有权行使效力及范围进行直接限制；而地役权属于他物权的范围，其创设的目的在于利用他人土地以便于实现自己土地的利益。”[①] ③相邻关系与有偿使用土地无关，相邻关系所规定的各种限制和负担，是加于相邻土地所有者的“义

① 房绍坤、丁海湖、张洪伟，《用益物权三论》，载《中国法学》，1996年第2期。

务"，是相邻土地所有者为了公共安全和彼此便利而必须承担的负担。而地役权则一般应是有偿的，但亦可设定无偿的地役权。例如，排水、排烟或眺望之需求，在相邻关系中为法律所严格保护和支持，但在地役权中则需向供役地所有人有偿取得。④相邻关系的范围相当复杂而广泛，如自然流水的利用、排水、危害或危险的防治与排除、道路或桥梁的通行、采光、通风、噪音、振动的防止与减低等，是法律所日趋严密地加以规范并保护的相邻良好秩序；地役权的适用范围则更为广泛，只要需役地产生某种特殊要求，就可以与供役地所有人协议设定地役权，其需要未必是法律所明确加以保护而施予供役地的一种义务，其范围较相邻关系更为广泛。⑤地役权应进行登记，"具体的地役权经设立后，采取登记公示的形式，其权利内容比相邻关系更具有确定性和公示性，可减少有关纠纷的发生。"[①]

有学者认为，应当严格区分地役权与相邻权的界限，将相邻权复归至所有权的系统之中，将地役权作为独立的他物权加以规定以理顺他物权与自物权的关系。构建完备的地役权，一方面应当将相邻权中有关地役权的内容分离出来，另一方面还要做大量的补充、完善工作。[②] 笔者认为，应建立地役权制度，将地役权与相邻关系区分开来，在创设地役权制度中，关键问题在于加强土地权利登记制度，地役权的设定必须加以公示，使社会公众知晓土地上所有的各种负担，为此，只有建立完备全面的土地权利登记制度，才能最终建立我国完善的地役权制度。

第四节　用益权制度

有学者认为，借鉴国外的用益权制度来构造我国的用益物权体系，是一种积极有益的探索。目前有两种权利可以归入创设的用益权之中，即以开发利用国有、集体自然资源（森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面、矿藏）为目的的使用权和以耕作、牧畜、养殖为目的而承包国有、集体自然资源（土地、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面）的承包经营权。因为，这两类权利都符合用益权的特征，其内容与用益权基本相同。此外，农村承包经营权以改造成为用益权为宜，而不宜改造成为永佃权。因为，在现代法中，随着各国土地政策的不断改进，永佃权已日趋式微，甚至消灭；永佃权作为封建剥削工具，已在大陆消失近 40 年，这种国情不能不考虑；在法、德、瑞等国民法典中，使用用益权，而不使用永佃权。[③]

---

① 梁慧星主编，《中国物权法研究》，法律出版社，1998 年 6 月出版，第 625 页。
② 杨立新、尹艳，《我国他物权制度的重新构造》，载《中国社会科学》，1995 年第 3 期。
③ 房绍坤等，《用益物权三论》，载《中国法学》，1996 年第 2 期。

有学者认为，用益权中的物上用益权，与我国的国营企业经营权、国有自然资源使用权非常接近，如《德国民法典》规定的森林和矿山经营的用益权（第1038条），与我国的森林经营权和采矿权基本一致；关于聚合物上的用益权（第1035条），则与国营企业经营权相似。因此，可以将国营企业经营权和国有资源使用权加以改造，重新构造新型的用益权。①

也有学者认为，自然资源使用权、采矿权、渔业权、林木采伐权、狩猎权、草原使用权等与国外立法中的用益权基本一致，但在现行立法中，对上述权利的效力都缺乏完整的规定，为求物权体系的严谨科学及便于与现代各国物权立法沟通，不如对它们加以整合后恢复其传统称谓（用益权），并运用国际上业已成熟的有关用益权的立法技术，对其加以全面的调整。②

学者们的观点可大体归纳为：①利用用益权对国有企业经营权加以改造；②利用用益权对自然资源的使用权，甚至采矿权、渔业权、林木采伐权、狩猎权等加以概括；③利用用益权改造农地承包经营权。用益权是一项相当古老的权利，其能否适用于我国的各种土地使用权，用它来加以整合，可从传统民法上用益权所适用的范围加以分析。

在罗马法中涉及土地的用益物权主要有地役权、人役权中的用益权、永佃权和地上权等。用益权是指使用收益他人之物而不损坏或变更其物本质的权利。享有用益权的人一般是受到家长特别照顾的人，用益权也被用作家长处分其遗产而将土地的使用收益交由需要照顾的人享有的重要手段。设定用益权的土地所有人，在用益权存续期间，成为虚有权人，其所有权受到用益权的极大限制。用益权人的权利是：①使用权（jus utendi），即根据用益权标的物的用途，使用该物及其从物的权利；②收益权（jus fruendi），即取得用益权标的物所产生的自然孳息及法定孳息的权利；③出租用益物的权利，用益权不以供用益权人个人之需要为限，故用益权人，得以用益权存续期间为期间，租赁其用益物之全部或一部于第三人，或由第三人行使其权利之全部或一部。为此，罗马法有一法律格言："用益权不得为让与之标的，但用益权之行使，得让与之。"③ 用益权人的义务在于：①用益权人须提供担保，但在特殊情形下，也可以免除用益权人提供担保的义务；②用益权人须尽"善良家父"之注意，如有毁损灭失，虽因其轻过失所致，亦应负责，但因意外事件而发生者，不在此限；③须保持用益物之原有用途，变更用途之结果，虽不致损害其标的物或有利于标的物，亦不得为之；④用益权人应担负必要的维持费、修理费及用益物上之赋税，但不包括重大之修理费用。用益权人，除因过失而毁损用益物外，得抛弃用益权，免

---

① 杨立新、尹艳，《我国他物权制度的重新构造》，载《中国社会科学》，1995年第3期。

② 温世扬，《略论中国民法物权体系》，载《法学》，1997年第6期。

③ 陈朝璧，《罗马法原理》（下），1979年12月第3版，第358页。

负给付费用之责任；⑤用益权终止时，应尽返还标的物责任。用益权以用益权人终身为期间的，由其继承人负返还之责任。[①] 虚有权人的权利是保留"处分权"，用益物所有人得在不妨害用益权行使之限度内，处分其所有物，得就之设定役权，设定抵押权；妨害用益权的行为，如设定地上权，租赁所有物或变更所有物用途等，虚有权人不得为之。役权有减少用益权之效用之虞者，虽得用益权人之同意，用益物所有人，亦不得设定之。用益物所有人，有将用益权标的物供用益权人使用收益之义务，无就用益物为积极行为之责任。[②] 虚有权人仍是所有人，对其物仍然占有，故可申请占有令状以阻止一切侵害其占有的行为。用益权人毁损用益物即构成私犯，虚有权人可按情况提起盗窃之诉（actio furti）或阿奎利亚法之诉（actio legis Aguiliae），以及申请"暴力或隐匿之令状"（iutardictum guod vi aut dam）等。[③] 德、法、意、瑞等国亦依托本国情况继承了罗马法中的用益权制度。

在罗马法中，用益权是指在不毁坏物的实体的情况下使用他人物品并收获其孳息的权利，用益权的行使不能改变物的经济用途，用益权人取得自然孳息只能通过收获的方式。罗马法之用益权适用范围是相当广泛的，它不仅限于不动产，亦可适用于动产；不仅适用于日常必需品，亦可适用于各种文娱用品，如书画、雕塑、花园、鱼塘等，但用益权的标的物必须是不消费物，用益权的客体主要有：土地、房屋、畜群、奴隶、树林、果园、草场等等。用益权人享有一定限度的孳息取得权，如果在用益土地上有石矿，用益权人可以像善良家父（bonus pater families）那样采石、采掘白垩土或沙（D·7，1，9，2，乌尔比安：《论萨宾》，第17卷），只要他不占用耕种或娱乐用地，在不影响土地耕种时亦可以继续开采尚未开采的矿物（D·7，1，13，5）。在用益地上，捕鱼、狩猎的收益属于用益人（D·7，1，9，5），因而，用益权人享有狩猎权和捕鱼权，但这并不等同于现代民法中的入渔权和狩猎权，它们是附于用益权中的孳息取得权。在法国民法中，用益权得就各种动产或不动产设定之（法国民法典第581条），用益权人对于尚未着手采掘的金属矿及石矿，尚未开始采掘的泥碳矿，及在用益权存续期间发现的埋藏物，均无权利。在德国法上，得对动产、土地及森林、矿山等设定用益权，土地的用益权人得采掘岩石、沙土等，以森林作为用益权的标的物时，所有权人和用益权人均得请求以经营计划确定用益的范围和经营上的处理方法（第1038条）。可见，在传统民法上，用益权适用范围相当广泛，用益物不仅局限于土地及其他不动产，还扩及于各类动产；用益权人不仅限于使用权也享有收益权。

---

① 陈朝璧，《罗马法原理》（下），1979年12月第3版，第360－361页。

② 同①，第359页。

③ 周枏，《罗马法原论》（上），商务印书馆，1994年6月出版，第372页。

用益权在传统民法上其设立目的是狭窄的。在罗马法上，用益权多被家长用作处分其遗产的一种手段，以遗嘱的方式将某项遗产的使用收益权遗赠给他需要照顾的人，使其生活获得保障，而保留虚有权给其继承人。在受照顾的人死后，继承人再恢复其完全的所有权。[①] 在法国法上，用益权主要发生于如下三种场合：①所有者为自己设定用益权，此种情况下多为老年人，将不动产出售，但保留对该不动产的使用，而作为出售不动产的价款多用定期支付养老金的方式进行，这样用益权人既可得到必要的养老金又可使用该不动产；②类似于罗马法，由长辈向晚辈赠与用益权，以照顾其生活；③对丧偶者设定的法定用益权，如法国民法典第 767 条规定："未离婚而尚生存的配偶，如未继承财产的所有权并未经具有既判力的判决分居时，其对于先亡配偶的遗产享有下列用益权：如死者遗有一名或数名不问其为婚生，亦不问其是否为该婚姻所生或非婚生子女时，上述配偶享有 1/4 的用益权；如死者遗有兄弟姐妹，其兄弟姐妹的直系卑亲属及其直系尊血亲属或婚姻期间受胎的非婚生子女时，上述配偶享有半数用益权。……在最终分割以前，继承人得以足够的担保及维持最初的等价的保证，要求将尚未生存的配偶的用益权转换成等价的终身定期金。如继承人之间意见不一致时，法院不得强制进行此种转换。"[②] 在德国法上，亦有类似于罗马法用益权之设定，是为供养用益权（Versorgungsnie ss brauch），如法国民法典亦有为自己设定用益权之情形存在，此为所有权人用益人（Eigentumernie ss brauch）。此外，债权人可以要求债务人将其土地交付占有给自己作为担保，同时允许自己使用和获得收益（用益权），这种设定担保用益权（sicherung snie B brauch）的方式，使债权人除可以获得充分的债权担保之外，还可以获得对物的利用。[③]

用益权的权利内容很广泛，只要用益权人尽到善良家父的注意，就可以自由地使用该物。法国民法典甚至这样规定，用益权对他人所有物，如同自己所有，享受其使用和收益之权，但用益权人负有保存该物本体的义务（第 578 条）。德国法对用益物内容作了更为详细的规定，如维持物的原来用途，按照通常的经营方法使用标的物，不得对物进行改造和重大变更，不得过度收取果实，负注意保存物的义务，除因标的物的基本价值的正常增加而产生的私法上或者公法上的负担由所有权人承担之外，用益权人应当承担其他一切物的负担，包括各种税收等。此外，对设立用益权之前已经存在于标的物之上的各种限制物权，用益权人也应承担。[④] 除此之外，用益权人享有除处分权之外，几乎类似于所有权的广泛权能。用益权一般期限为特定的用益权人生命延续期间，但亦可以附

① 周枏，《罗马法原论》（上），商务印书馆，1994 年 6 月出版，第 369 页。

② 尹田，《法国物权法》，法律出版社，1998 年 2 月出版，第 343 页。

③ 孙宪忠，《德国当代物权法》，法律出版社，1997 年 7 月出版，第 246 页。

④ 同③，第 249 页。

加期限（法国民法典第589条，德国民法典第1056条）。

我国自然资源（森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面）承包经营权及耕地承包经营权是否能够用用益权加以规范和整合。首先，以用益权对自然资源使用权和土地承包经营权加以整合的好处在于：①利用用益权之长期性延长土地承包经营权和自然资源使用权的期限，用益权的期限一般至特定的用益权人死亡而终止，这样符合设定用益权以照顾用益权人的带有“福利”性的目的。对集体所有的土地和其他自然资源进行承包经营，如果其期限能够长至土地承包人终生，则有利于土地使用关系的稳定，有利于土地使用者对土地的投资和合理利用。②用益权的设定，一般带有福利性质，是家庭成员间相互关心照顾而采取的一种财产制度，更少带有商业交易色彩。在我国集体经济组织与其成员之间设立的土地承包权和自然资源使用权，以用益权来整合土地承包经营权和自然资源使用权更为自然贴切，它符合集体作为土地所有者与其成员之间一种更少商业色彩的关系。③利用用益权权利内容的广泛性，扩充土地承包人和自然资源使用权人的物权权利内容，用益权人只要合理利用土地，不过分收益就可以享有对用益物的相当广泛的权利。关于用益物的修缮，原则上用益权人不得就土地进行重大改造和变更，而应由土地所有者进行（德国民法典第1037条第1款）。这条规定比较符合我国农村集体经济组织与农户家庭的双重经营体制，农民对土地的灌溉、维修、改造等事项，一般由集体经济组织统一规划和安排生产，农民只负责土地的自然经济状况的基本维持和合理利用，这样有利于区分集体经济组织与农民在土地改良、改造上的权利和义务。农民对土地的权利得到自由广泛行使，亦有利于在不改变土地经济效用的基础上提高农民的生产积极性，促进土地利用效率的提高。

是否能依用益权的立法例来规范我国的农地承包经营权？应当看到，农地承包经营权在某些方面与用益权具有极相类似性。在我国设定土地承包经营权是集体经济组织内部以集体成员的特有身份而享有的权利，在本质上是集体经济组织对集体成员的福利性土地分配，只有集体成员依其特有身份才能享有农地承包经营权，这与用益权一般是在有特定关系的当事人之间设定，主要是对用益权人的生产生活加以必要的照顾为目的，有类似性。究其实质，在我国的农地承包经营权还在很大程度上负担着“温饱”作用，在很多地区是一种“糊口”农业，这种设定农地承包经营权的目的就与用益权设定时所有人将土地只交由特定人用益所具有的目的极为类似。此外，用益权一般是延续用益权人终身的用益物权，这种对标的物的长期稳定的使用收益权亦是我国集体经济组织成员进行农业生产时所需要的。那么，用益权是否应在我国成为一种现实的用益物权并取代农地承包经营权来调整农业用地之物权关系呢？

笔者认为，农地承包经营权与用益权的主要区别表现在农地承包经营权人应支付地租（承包费），这是用益权所不具备的特点。此外农地承包经营权与用

益权还存在如下两点区别：①用益权人不得将用益权转让，只能在用益权上取得有限制的法定孳息和自然孳息，而农地承包经营权可以自由流转，这也是国家关于农村土地承包经营权制度上的重要政策；②用益权设定目的在于使用益权人在保持用益物完整的前提下使用用益物，因而用益权人负有“善良家父”之注意；而农地承包经营权人仅应就违法在耕地上挖土、挖沙、采石、采矿等严重毁坏种植条件的情况下，或因开发土地，造成土地沙化、盐渍化、水土流失等承担责任。除了上述故意毁损破坏土地的行为以外，农地承包经营权人对土地的毁损灭失，因其轻过失，而不必承担赔偿责任。

有学者认为，农地使用权不以租金的支付为要件，比如自留地或在许多地区农业承包经营中的“口粮田”，以农民在其上自产自用为目的，不以农民交付地租为要件。承包“口粮田”的农民虽然也要向集体提交各种提留，但提留在性质上并不等于土地租金。另外，目前对于荒山、荒地、荒滩等的承包有时也是无偿的。[①] 这里主要涉及到各种提留统筹款的性质问题。“乡统筹村提留”是否就是土地租金呢？依据1994年12月30日农业部发布的《关于稳定和完善土地承包关系的意见》第5条规定，除工副业、果园、鱼塘、“四荒”等实行专业承包和招标承包项目外，其他土地，无论是叫“口粮田”、“责任田”，还是叫“经济田”，其承包费都属于农民向集体经济组织上交的村提留乡统筹的范围，要严格控制在上年农民人均收入的5%以内。这一规定明确地将承包费包括在“提留统筹”之中。在1991年12月1日国务院发布的《农民承担费用和劳务管理条例》第二章中规定，村提留包括公积金、公益金和管理费，乡统筹费用于安排乡村两级办学、计划生育、优抚、民兵训练、修建乡村道路等民办公助事业。村提留乡统筹费，以乡为单位，以国家统计局批准、农业部制定的农村经济效益分配统计报表和计算方法统计的数字为依据，不得越过上一年农民人均纯收的5%。但是在实际执行过程中，有的地方借口土地承包费不是提留统筹费，而在5%以外另收取一笔土地承包费，从而增加了农民负担，为此国务院作出了上述《关于稳定和完善土地承包关系的意见》第5条之规定。实践中，在签订土地承包经营合同时，发包方与承包方亦仅就承包土地面积、种类、地块名称、等级、四至、用途、承包期限、土地附着物及其权属关系等作出规定，关于土地承包费经农业部1997年9月11日拟定的“土地承包经营权证书样本”之规定，已不必约定土地承包费，而是统一规定为“农户应完成政策和法律、法规规定的农业税、农产品定购任务、村提留乡统筹、义务工和劳动积累工等任务（具体数量指标每年按规定程序确定分解到户）”。可见，在新一轮的土地承包经营合同中，村提留乡统筹是取代了土地承包费，且由上至下具体分摊到每一农民身上，而且，依据1996年12月30日中共中央、国务院《关于切实做

① 梁慧星主编，《中国物权法研究》（下），法律出版社，1998年6月出版，第718页。

好减轻农民负担工作的决定》第2条规定，将以乡农民人均纯收入为依据改为以村农民人均收入为依据计提村提留乡统筹。这样就解决了以往按全乡农民平均纯收入计提提留统筹费时，忽略了村与村、户与户之间的收入差异，造成收入少的负担重，收入多的负担轻的不合理现象。应当说，以征收提留统筹费代替征收土地承包费是今后土地承包合同的主要做法。然而这两个概念又是同一个概念的两个方面，土地承包费是说来源问题，提留统筹费是说去向问题，都是指农民应缴纳的不超过上年纯收入5%的款项，而这笔款项目前是以村农民人均收入为计提基准的，并由上而下分摊到农户，村提留乡统筹包含了土地承包费在内，可见农民使用土地并不是无偿的。在我国有的地区搞“两田制”，将土地分为“口粮田”和“责任田”，口粮田无偿平均分配，而责任田则负担沉重，此种做法，在中办发（1997）第16号文件《关于进一步稳定和完善农村土地承包关系的通知》第3条中已作了明确规定，即要认真整顿“两田制”，不应使“两田制”成为收回农民承包地、变相增加农民负担和强制推行规模经营的一种手段。中央不提倡实行“两田制”，没有实行“两田制”的地方不要再搞，已经实行的必须按中央的土地承包政策认真进行整顿，也就是一律采取土地有偿使用，收取提留统筹费（含土地承包费）的办法。由此可见，农地承包经营权与用益权之间的主要区别正在于农地承包经营权的有偿性，用益权的设定是无偿的。用益权人应提供作为善良管理人从事用益的担保，但如设定用益权的行为免除提供担保的，而可以不负提供担保的义务，提供担保并不是意味着用益权具有有偿取得性。用益权取得的无偿性与我国土地承包经营权的有偿性相反，在取得之有偿性上农地承包经营权与用益权制度不同，因而在我国，用益权难以采纳用于对土地承包经营权加以整理和改造。

第五节　永佃权制度

一、永佃权制度的历史演进

永佃制度起源于宋代，李志敏教授的《中国古代民法》载，据魏泰《东轩笔录》卷八，汜县县令劝李诚庄“没官田”的佃户们用钱买下此田，以便“常为佃户，不失居业”。永佃成业，这是永佃权的发端。[①] 乌廷玉教授认为永佃制度起源于南宋，刘克庄在《后村大全集》卷一九三记载：“（汪）俊达既无亲于子孙，则当来卖田骨，以葬三丧，乃死者之幸也。公礼既是公达死后过房为孙，所卖田骨，系为乃祖掩骸，又何讼为?”到了元朝初年，已有关于永佃制的清晰的记载，例如，乾隆《崇明县志》卷四《赋役志》中已有记载，崇明县存在着永佃制度，崇明县佃农永佃权产生的原因，是由于在元朝以前，崇明地多草荡，

① 李志敏，《中国古代民法》，法律出版社，1988年6月初版，第101页。

有些地主自己无力圩垦。佃农自己组织人力筑圩，使用大量“薪米、酒浆”，付出了“圩田工本”。经过佃户加工以后，将草荡改造成旱涝保收的圩田。地主为了补偿佃农筑圩的工本费，因此承认佃农付出的“承价”，肯定其“田面”权。[①]此种承价亦称“粪草银”或“粪脚银”。

明代，永佃制进一步发展。除垦荒而成立永佃外，还有的佃农购买土地使用权而耕种，时称“小租”。此外，由于佃户交押租钱很多，也可以取得十年至三十年的耕作权。[②] 明代永佃制发展过程中，出现了“一田三主”现象，如《天下郡国利病书》卷九十四，福建南靖县条记载：“且所谓‘一田三主’之弊，尤海内所罕有，一曰大租主，一曰业主，一曰佃户。同此田也，买主只收税谷，不供粮差。其名曰业主，粮割寄他户，配之受业。而得租者，名曰大租主。佃户则出租佃田，大租业税，皆其供纳，亦名一主，此三主之说也。”[③] 这是对于一些比较富裕的人，向业主购买田面权而转租于佃户，从中渔利。此种永佃权人，亦称“小田主”、“赔主”、“皮主”、“税主”。

清代永佃制度达到相当发达的程度，最为突出的特点是，由于永佃制相沿日久，在各地“乡例”、“乡俗”中逐渐固定形成了业主与永佃农之间的权利义务关系。在这种日益固化的过程中，业主权利受到了限制。此外，关于转佃过程中业主、永佃农与承佃人之间的关系也逐渐固定化、明确化。例如：苏州的周庄，“俗有田底、田面之称，田面者，佃农之所有，田主只有田底而已。盖与佃农各有其半，故田主虽易，而佃农不易，佃农或易，而田主亦不与。有时购田建公署，架民屋，而田价必田主与佃农两议而瓜分之，至少亦十作四六也。”[④] 浙江临海县乡例：“租人田种，原有佃价与田主的，佃户无钱，把佃田转佃别人，不拘年月，允许原佃赎回耕种。若田主把田卖给别人，仍旧是旧佃户耕种还租，叫做卖田不卖佃。”[⑤] 福建宁德县乡例：“收了佃户的钱，田主不得另佃，如有欠租，就在这钱内扣抵。如无欠租，佃户要退耕，仍要还他钱文。”[⑥] 浙江宁波相沿俗例：“佃户承种田地要出银顶佃，名叫田脚。”[⑦] 浙江永康县俗例：“田主买田为田骨，佃户出银佃种为田皮。如佃户并不欠租，不许田主自种。”[⑧]

永佃制度，在清代的发展，还呈现出权利关系异常复杂的趋势，这种复杂关系由于欠缺明确的法律调整，一是不稳定，两相认同即可成立，二是极易引

① 乌廷玉，《中国租佃关系史》，吉林文史出版社，1992年2月初版，第88页。
② 同①，第89页。
③ 光绪年，《周庄镇志》卷四。
④ 《清代地租剥削形态》，中华书局，1982年11月初版，第485页。
⑤ 同④，第570页。
⑥ 同④，第550页。
⑦ 同④，第563页。
⑧ 同④，第485页。

发纠纷。佃权上的复杂关系主要有：①佃农将佃权转佃给他人时，不拘年月，可用原卖价赎回。②佃农在田主之地典当后，“历来只换田主不换佃户”，佃户仍得耕种；[1] ③佃农屡年欠租，田主给银，买回田根，立约退佃；[2] ④佃农合伙承耕田主土地，约明：不欠租谷，预给耕银，即任长耕。佃农预交耕银后，田主将之抵偿欠租，要求另行交纳耕银，佃农不肯，后田主将田另佃他人，引发纠纷；[3] ⑤佃户将田主之地辗转出典达数十年之久；[4] ⑥佃户将自有田卖给田主后，又复承佃该地；[5] ⑦典权人将典物交由佃农耕种永佃，嗣后听凭出典人回赎。[6] 清代的永佃制度，尚涉及屯田、寺田、祭田的永佃。

太平天国革命后，在长江下游各省中，永佃制得到普遍发展。这是因为太平天国革命失败后，长江下游一带也因长年罹于战火，人口凋敝，清政府除了实施“田归原主”和招垦升科以外，由于永佃制多由垦荒而产生，故地主也不得不采取永佃制以优惠于农民。金陵大学农业经济系编《豫鄂皖赣四省之租佃制度》一书载：“此种习俗，大多由开垦荒地而起，盖地主以荒芜之地，无从利用，乃令农民设法垦殖，允其有永佃权。……据当地年老者所谈，洪杨乱后，人少地荒，乏人耕耘，地主乃有招佃之举。……当垦荒时，初三年免徼租谷，以后租额亦渐减轻，且予以永久佃种之权。”

中华民国时期，据 1936 年实业部与土地委员会编《全国土地调查报告纲要》记载：苏浙皖三省永佃农所占比例，平均占佃农总数的 38%。佃权与所有权的分离也表现得十分明显，以至于“农民认为永佃权为自己的一种产业，当做传代的法宝，解放后他们更认为是分田的基础。”[7] 民国政府对永佃制度作出了规定，将永佃制度改造为永佃权，而规定于民国民法物权编中，此外还在一定程度上减轻佃户租金，如民国元年的奉天永佃地亩规则，民国十五年，广东省实行二五减租，其后湘鄂江浙等地颁行了二五减租条例、减租办法、减租暂行条例等，民国十五年政府颁布佃农保护法，民国十八年颁布保障佃农改良租佃暂行办法。[8] 使得永佃权制度得以确立，各地习惯法上的永佃制度得到了统一规范。

二、永佃产生的原因

永佃制度萌芽于宋代，发展于明代，于清代达到高度发达的程度，在民国

---

① 《清代地租剥削形态》，中华书局，1982 年 11 月初版，第 491 页。
② 同①，第 501 页。
③ 同①，第 506 - 507 页。
④ 同①，第 512 页。
⑤ 同①，第 532 - 533 页。
⑥ 同①，第 591 页。
⑦ 《浙江省永佃权情况调查》，载《浙江省农村调查》，第 222 页。
⑧ 谢在全，《民法物权论》（上），1995 年 9 月修订版，第 485 页。

时期得到永佃权的明确规定而成为特殊的土地用益物权种类。我国学者分析永佃的产生原因时，戴炎辉先生在《中国法制史》一书中指出：“‘永佃权’产生的原因有七种：即给垦、改良、受押租钱、私垦地放租、保留佃权、投献及施舍、久佃等。”[①] 杨国桢先生认为“永佃”产生的具体途径至少有：①开垦荒地，投入工本；②改良农田，提高土地经济效益；③交纳押租钱；④低价典卖土地而保留耕作权；⑤长期“守耕”，地主认可；⑥通过“霸耕”等斗争方式取得。其中开垦荒地和交纳押租钱是产生“永佃”的主要途径。[②]

关于开垦荒地形成永佃权，如明代崇明县永佃制度的形成。永佃制产生的另一个主要途径是押租制。押租制产生于元朝，在明朝有了进一步的发展，也就是在正租以外，佃农还要交纳一笔“佃头银”，作为保佃之银，其最原始的形式是租地之前，佃农作为“进庄之礼”而交给地主的“佃礼”，一般是以货币形式交纳，而地租则是以谷米的形式交纳，一般押租远高于地租，如果在地租之外交纳了押租金，则可以取得永佃权。例如，在民国时期，苏浙皖三省不少土地都有“田面”、“田底”之分，凡是佃农出了相当代价而以押租名义交给地主，或者以让渡形式直接购自佃农者，其永佃权便立即确立。因此，凡是佃农欲取得耕种权，并想得到耕种权的保障，必须首先支付一宗代表佃权的押租钱。因此，押金又名“顶首”、“基脚”、“佃银”、“稳租”、“批头”、“付度”等。[③] 永佃权还可以产生于佃农将自有土地卖与田主后，仍旧耕种纳租。永佃也可以由买卖取得，这是佃农获得田面权的最普通的方式。买卖田面权最为普通的方式是顶买田面权，但由于中国所特有的不动产典卖不分的特点，[④] 使得田面权的出卖与出典往往混杂在一起，除非在约契中写明“永不取赎”、“绝卖”字样，才可视为田面权的最终出让。永佃亦产生于顶佃过程中，“在土地异常肥沃的情况下，收成总是很好，因此，如果在两次收获之间换佃，旧佃户自然认为有权得到一笔额外报酬。在这种习惯刚形成的时候，地主自然要反对，因为它容易妨碍准备好的换佃。但是新佃户因为怕旧佃户在耕种上或浇灌上进行报复，而且往往又确实急于租进田亩，因而总是认为满足其上手佃户的要求是明智的”，[⑤] 由此产生了顶佃过程中交给原佃户一笔银钱的惯例。在福建龙岩县，“受田之人其名有三：一曰‘官人田’，一曰‘授产田’，一曰‘粪土田’。所谓粪土田，即佃农开始佃地时交有粪土银钱，佃户欠租则以粪土银钱抵偿。对这种粪土田，

① 戴炎辉，《中国法制史》，1979年版，第305-306页。
② 杨国桢，《明清土地契约文书研究》，人民出版社，1988年版，第96-98页，299-300页。
③ 乌廷玉，《中国租佃关系史》，吉林文史出版社，1992年2月初版，第239页。
④ 梁治平，《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社，1996年6月初版，第97页。
⑤ 陈翰笙、冯峰，《解放前的地主与农民—华南农村危机研究》，中国社会科学出版社，1984年8月初版，第56页。

佃户每私相授受，即不经地主同意而互相顶耕。"[①] 此外，佃农踞田霸产，欺主愚懦而取得永佃，亦是永佃制度产生的原因。

三、永佃制度的社会作用

永佃制度是中国古代社会逐渐形成的特有的土地租佃关系，这一制度在农业生产上所发挥的作用是普通土地租佃关系所无法比拟的。

首先，由于永佃制度使佃农可以永久性耕种土地，具有永佃权的佃农只要不欠租，田主不得加租夺佃，土地使用关系相对稳定得多，佃农的生产积极性较高，也愿意向土地投入劳力和资金，从而提高单位产量，交租后可以多取得收益，有利于土地的扩大再生产。

其次，永佃制度使佃农的人身依附关系大为减轻，佃农有较大的人身自由，对于田面权可以自由支配，或出售或出租，田主只收租谷，不问转售与谁。同时永佃制度的存在还可防止田主将土地任意换佃，顶佃必须向原佃户交付一笔费用，也起到保护田面权人的作用。

第三，永佃农地租相对轻一些，使有的佃农积蓄一定的财产，可以购买一定的生产资料，并且日益富足起来。田面权还可以成为佃农的产业，类似于所有物，在必要时可以出卖或出典，以解燃眉之急。

第四，永佃制度产生了一批倒买倒卖田面权的"二地主"和土地投机商。他们专门购买"田面权"，转手出租给佃户，以从中渔利。如清人陈盛韶在《问俗录》卷一中记载："皮亦有不耕种者，仍将此田佃与他人，得谷租若干，并还骨主若干。"嘉庆《南平县志》卷三中记载："福建南平县之田，有苗主、有赔主、有佃户，赔主向佃户收谷，苗主向赔主收租。"

永佃制度在封建主义时期作为与土地短期租佃相对应的一种土地租佃形式，对于农民的经济利益和人身自由具有一定的缓解作用，在地租剥削严重的封建主义时期，永佃制度是少量的，但有利于农民地位的提高，享有田面权的佃农，其地位和经济收入均较普通租佃为高。

四、永佃制度的借鉴作用

永佃制度是我国租佃关系史中的一种奇特的现象，已形成了类似于物权的相对稳定的佃户土地使用权。这种租佃制度的内在结构，由一般的租约规定，转而形成乡例、俗例，进而在民国时期由判例加以认可，最终进入民国民法典之中，实为我国固有法体系的一独特的现象。我国民国民法典中永佃权一章，其作用在于整理旧中国的永佃制度，但在台湾土地改革以后，实施公地放领等措施，已建立了农民土地所有权制度，绝大多数农民获得了自己的土地，因而永佃制度也已逐渐失去其存在的社会基础。在日本，情况也大致相同。在日本战后进行"创设自耕农"和"改善租佃关系"的农地改革以后，日本民法中的

---

① 李文治，《明清时代封建土地关系的松懈》，中国社会科学出版社，1993年4月初版，第97页。

永佃权制度已为自耕农制度所取代，在台湾和日本，永佃权作为民法对于封建土地租佃关系的认可和立法规定，已趋势微。台湾《民法物权编修正草案》考虑到台湾永佃权之设定，将造成土地所有人与使用人之永久分离，影响农地之合理利用，而且在实务上各地政务事务所还没有以永佃权登记的情况，足见永佃权已无适用的机会，因而以“农用权”取代“永佃权”。

在我国大陆，有学者认为，将农村土地承包经营权改造成新型永佃权的基本条件是存在的。在主体上，永佃权一方是土地所有人，另一方是租佃耕作人，而在我国农村，土地所有人是农村集体经济组织，农民是耕地的使用人，这符合永佃权的主体要求；在客体上，与农村土地承包经营权的客体完全一致，均为耕地和草场；在内容上，永佃权是租佃，土地承包经营权的内容是承包，二者虽有差异，但在基本方面相同，如二者均为使用他人耕作土地而经营、收益，均须向土地所有人交纳佃租或承包费，均准许转佃、转包。新型的永佃权借鉴原有形式，其主体完全是社会主义土地所有者和租佃者，既不含有剥削成分，又有利于固定双方当事人的法律关系，使租佃者享有更广泛的权利。[①] 笔者认为，永佃权制度已失去其现实基础，永佃权制度在各国立法例中都是对固有法上的农地永佃关系的整理，而且在各国民法中永佃权制度已逐渐成为陈旧的制度。应当看到，永佃权制度是在对土地永佃制度加以整合过程中人为创建的一种土地用益物权制度，因而在对农地利用关系加以整合方面，永佃权制度就具有相当大的人为创建性，表现出对于农地利用关系的抽象立法的极大的适应性；因而在对农地利用的用益物权创制过程中，基于当时的社会基础，不能不趋向于这一人为创建的永佃权法律制度。所以能否借鉴永佃权制度来整理我国的土地承包经营权制度，实际上是创建农地利用关系方面的土地用益物权制度是否不可避免地要采用永佃权制度这一人为创建的农地用益物权制度的问题。为此，笔者认为，我国大陆目前并无永佃制度中田面权与田底权权利关系，并不存在整理固有法中旧物权的任务，因而抛开传统民法中的永佃权制度而创建农地使用权制度，这一过程更为贴近现实生活中的农地利用关系，更能有效合理地在土地承包经营权基础上创建我国的农地使用权制度。这一过程实与永佃权制度创制过程相同，都是人为创建一种农地用益物权制度，但由于现实基础不同，采取前一种方法更为有利于我国农地物权制度的建立。

① 杨立新、尹艳，《我国他物权制度的重新构造》，载《中国社会科学》，1995年第3期。

第六节　典权制度和两种特别法上的权利

一、关于典权制度

关于土地能否设定典权问题，目前通说认为，“我国传统民法上不承认在限制物权上可单独设典，因为这徒使物权关系混乱，于今在市场经济体制调节下，再试图采行对基地使用权、农地使用权等单独设典制度，实为蛇足之举。因此，在我国不能单独以土地物权作为典权标的。就我国的现实来看，典物的范围只能限于房屋。在以房屋为典权标的物时，其效力方可及于该房屋的基地使用权。”[①] 通说认为典权是用益物权，在我国目前全部土地属国有和集体经济组织所有，采用国有土地使用权和农地使用权等制度的情况下，用益物权人不能在用益物权之上再设定典权，因而典权实际上已失去了在土地范畴上存在的余地。

但房屋出典后，在典权存续期间内，地上权亦随房屋典权的设立，而由典权人行使，但地上权并不构成典权客体，原地上权人是否可以转让、抵押该地上权以获取收益？根据我国《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第23条、第24条规定，“土地使用权转让时，其地上建筑物、其他附着物所有权随之转让”，“土地使用者转让地上建筑物、其他附着物所有权时，其使用范围内的土地使用权随之转让。”这一规定是符合地上权与建筑物所有权宜于一并转让的法理的。在典期届满时，房屋所有人未回赎，则房屋所有权转让于典权人，地上权亦随之而转移于典权人。在台湾学界认为，应于设定典权时，“由典权当事人间（即地上权人与典权人）先预以契约约定为宜，盖地上权原则上具有让与性，非不得约定典物所有权由典权人依法取得时，地上权让与典权人也。”[②] 在典期届满前，史尚宽先生认为，“地上权人以其所有建筑物设定典权，此时地上权不得为典权之标的，然应推测当事人之意思，设定典权人系将地上权让与典权人使用。”[③] 史尚宽先生又认为，地上权作为典物的从权利，应解释为典权效力之所及。[④] 这一观点是正确的，典权的效力及于地上权，地上权作为典权的从权利，但是应明确在典权存续期间对地上权会产生什么影响和作用。在典权期满前，地上权人将地上权转让，依我国有关规定，必然会导致典物所有权的转让，因而与典权的存立是矛盾的，所以应规定典权效力所及，地上权人不得转让地上权。在典权期满前，地上权人将地上权予以抵押，并在典期届满前清偿债务，则不会对典权人和债权人造成损害；如果在典期届满前无法清偿债务则

① 梁慧星主编，《中国物权法研究》，法律出版社，1998年6月出版，第627页。
② 谢在全，《民法物权论》（下），1995年9月修订版，第566页。
③ 史尚宽，《物权法论》，1957年版，第405页。
④ 同③，第405页。

出典人必须回赎房屋，以便由债权人取得房屋所有权和地上权，否则将造成典权人与债权人的矛盾。此外，典权届满而抵押权期间未至，出典人不回赎也会造成典权人与债权人的矛盾，因而不如禁止典权存续期间以地上权设定抵押的行为妥当。

总之，我国目前土地使用权制度中不宜设置典权，典权作为不动产用益物权之一种，可适用于房屋。房屋出典时，典权效力可及于地上权，在典权存续期间地上权人不得转让或抵押地上权。

二、关于两种特别法上的权利

依据 1985 年 6 月 18 日制定的《草原法》，全民所有的草原，可以固定给集体长期使用。全民所有的草原、集体所有的草原和集体长期固定使用的全民所有的草原，可以由集体或个人承包从事畜牧生产。……集体所有的草原和集体长期固定使用的全民所有的草原，由县级人民政府登记造册，核发证书，确认所有权或使用权（第 4 条）。依据 1986 年 1 月 20 日公布的《渔业法》，县级以上地方人民政府根据国家对水域利用的统一安排，可以将规划用于养殖业的全民所有的水面、滩涂，确定给全民所有制单位和集体所有制单位从事养殖生产，核发养殖使用证，确认使用权。全民所有制单位使用的水面、滩涂，集体所有的水面、滩涂和集体所有制单位使用的全民所有的水面、滩涂，可以由集体或者个人承包从事养殖生产（第 10 条）。在全民所有集体长期使用的草原和水面、滩涂的承包经营权，其权利性质有待研究。

全民所有的草原、水面、滩涂确定给集体所有制单位使用，有农地使用权的设立，再在集体所有制单位使用的全民所有的草原、水面、滩涂上设定土地承包经营权，该权利就不能被规定为土地用益物权，但在实际上，这两种土地承包经营权与普通的土地承包经营权并无二致。如何对这样的权利结构进行设置，中外立法例上没有可资借鉴的规定。笔者认为，由于上述两类土地承包经营权只是因我国特殊的权利结构形态而处于这样的地位，其权利义务关系实与普通农地使用权相同，因而可准用农地使用权的规定，其权利性质应属于特别法上的权利，是在我国农地使用制度改革过程中形成的而规定于《草原法》、《渔业法》中的两种较为特殊的权利形态，这两种特别法上的权利，采用准用农地使用权的规定，是妥当的。

中　　篇



第五章　国家土地所有权与土地使用权制度

第一节　我国国有土地使用制度改革的法学思考

我国实行土地国有制，几十年的历史经验表明，土地国有制确保了公有制经济在国民经济中的主导地位，为国家的工业和基础设施建设提供了有力的支持。自20世纪80年代末，我国推行国有土地使用权有偿出让，使国有土地使用制度发生了深刻的变化。在对国有土地使用制度变革之际，非常需要对国有土地的法律制度加以重新规范，使其更好地服务于国家的经济建设。

真正促使我国国有土地使用制度改革的，是国有土地使用权有偿出让制度的建立。我国国有土地使用权的改革又与城市建设紧密相关，同时由于城乡土地关系的密切，城市国有土地使用权改革又不可避免地影响到我国农村集体土地使用权及农民的切身利益，最终又必然牵涉到国家在工业建设与农业经济发展之间的战略平衡。十几年来，我国土地制度，始终围绕城市自身建设与控制农业用地总量两个方面制定各种法律法规。在将我国国有土地使用权和农村土地承包经营权进行物权立法过程中，不能不反思我国土地制度改革所走过的道路，其经验和教训，预期物权立法对我国土地制度所产生的各种影响，然后才能在此基础上切实制定我国城乡各项具体的土地使用权制度，使我国土地使用权制度的建立具有社会现实基础。

马列主义经典作家关于土地公有制的论述侧重于从不同的角度阐明其所设想的社会主义社会的未来前景，阐明需要土地国有制以建设社会主义国家的必要性。恩格斯认为，无论私有制还是公有制，一旦其成为生产力发展的桎梏，就应当予以变更、打破，并以新的所有制形式来代替，用土地公有制代替私有制将是社会主义经济发展最有利的基本前提。“一切文明的民族都是从土地公有制开始的，在已经经历了一定的原始阶段的一切民族那里，这种公有制在农业的发展进程中变成了生产的桎梏。它被废除、被否定，经过了或短或长的中间阶段之后转变为私有制。但是在土地私有制本身所导致的较高的农业发展阶段上，私有制又反过来成为生产的桎梏——目前小土地占有制和大土地占有制方面的情况就是这样。因此就必然地产生出把私有制同样地加以否定并把它重新变为公有制的要求。但是，这一要求并不是要恢复原始的公有制，而是要建立高级得多、发达得多的公共占有形式，它远不会成为生产的障碍，相反地将第一次使生产摆脱桎梏，并且将使现代化学上的发现和力学上的发明在生产中得

到充分的利用。"① 恩格斯的土地公有制，实质上是建立在19世纪农业技术初期的发展阶段上的认识，其目的在于使"土地日益被有计划地共同利用，劳动资料日益转化为只能共同使用的劳动资料，一切生产资料因作为结合的社会劳动的共同生产资料使用而日益节省。"② 土地公有制是社会生产力发展的必然要求。马克思对于土地公有制的阐述也是建立在对资本主义农业生产方式和生产力发展的预测基础上，他的观点集中体现在《论土地国有化》一文中。马克思认为，"社会的经济发展，人口的增加和集中——这些情况迫使资本主义农场主在农业中采用集体的和有组织的劳动并使用机器和其他发明——将使土地国有化愈来愈成为一种'社会必然性'，抗拒这种必然性是任何拥护所有权的言论都无能为力的，社会的迫切需要必须而且一定会得到满足，社会必然性所要求的变化一定会给自己开辟道路，并且迟早总会使立法适应这些变化。"③ 列宁发展了马克思和恩格斯的观点，从土地公有制对于社会化大生产的作用及消灭绝对地租的角度提出进行土地国有化的必要性。他认为，"要终止资本对劳动的剥削，只有采取一种手段，就是消灭劳动工具的私有制，所有工厂和矿山以及所有大地产等等都归整个社会所有，实行由工人自己进行管理的共同的社会主义生产。那时，共同的劳动的产品将由劳动者自己来享用，超出他们生活需要的剩余产品，将用来满足工人自己的各种需要，用来充分发展他们的各种才能，用来平等地享受科学和艺术的一切成果。"④ 实行土地国有制还可以消灭绝对地租问题，列宁认为"土地国有化就是全部土地收归国家所有。所谓归国家所有，就是说国家政权机关有权获得地租、有权规定全国共同的土地占有和土地使用的规则。"⑤ 从而取消了土地因私人占有而产生的绝对地租。在实现了土地国有化后，如何利用土地以促进生产力的发展，列宁提出若干种方法。①国家土地所有制不排斥在全国性法律允许的范围内把土地转交地方和区域自治机关支配，实行地方公有化；②支配土地的权力以及利用土地的条件、规则，应完全由无产阶级民主机关控制和掌握；③在保持土地所有权不变的前提下，可以实行租让经营、合作经营、共耕制、公社制、劳动组合耕种制、农民协作社等多种方式经营。④禁止转租土地，禁止将土地让给并不亲自经营的人等。列宁所设想的国有土地利用方式也是有时代局限性的，这是由经济发展的既定状况所决定的。列宁只是概略地提出了国有土地加以利用的方式，如何在实现了土地国有化的社会主义国家完善国有土地利用制度依然是一个未解的课题。我国城市土地国有制，

① 恩格斯，《反杜林论》，《马恩全集》第20卷，人民出版社1971年版，第151页。
② 同①，第146页。
③ 马克思，《论土地国有化》，《马恩全集》卷18，人民出版社1964年版，第64-65页。
④ 列宁，《社会民主党纲领草案及其说明》，《列宁全集》卷2，人民出版社1984年版，第302页。
⑤ 列宁，《社会民主党在俄国第一次革命中的土地问题》，《列宁全集》卷16，人民出版社1988年版，第302页。

则是在对私有制进行大规模消灭、改造的基础上建立起来的，社会主义制度的建立要求相应的土地国有制的建立。

一、国家的经济职能与制度安排

国家作为人类文明进化史上出现的产物，自很早就伴随在人类的左右，尽管它的形态发生着各种变化。在考察土地制度之时，不能不看到土地这种巨大的财富已逐渐为国家所据有和控制，并成为其经济制度的相当重要的一个方面，国家在经济管理、经济干预方面的作用愈来愈明显，其职能也发生着分化。国家的经济职能逐渐凸显出来，国家对于基本生产资料（土地）的管理和制度安排，无论在西方资本主义国家还是在社会主义国家，都是相当重要的。在国家的发展历程中，在西方自由主义市场经济发展阶段，曾有自由主义学者主张国家职能有限论，他们认为一个小国家、小政府对于经济干预会最小，这样就是一个最好的政府。国家的职能最好应限制在保护国家安全、维持社会秩序和安定等方面，例如，亚当·斯密提出国家的三种职责，第一是保护社会免遭其他社会的暴力行为和侵害；第二是保护社会成员免遭其他成员的侵害和压迫并主持严格的正义；第三是建立并维持某些公共设施和公共工程。国家所从事的活动被严格局限于那些无利可图却对整个社会有益的少数公共工程中。[①] 新自由主义理论的代表人物米尔顿·弗里德曼也认为政府的作用必须是保护我们的自由，以免受到其他来自大门外的敌人以及来自我们同胞们的侵犯；保护法律和秩序、保证私人契约的履行、扶植竞争市场。在这些主要作用以外，政府有时可以让我们共同完成我们单独去做时具有较多困难和费用的事情。[②] 罗伯特·诺齐克在《无政府状态、国家和乌托邦》一书中甚至断言：“一个仅限于防止暴力、盗窃、欺诈及保证契约的履行等狭小的保护功能的最小国家是正义的；任何膨胀的国家都会侵犯人们不做某些事情的权利，都是非正义的。”[③] 一个无为而治的政府是否为一个最好的政府，这毕竟是一个有待时间去检验的理论课题，人类历史上也的确有过若干时段是处于这种理想状态之中的。对此，我们绝不能断然否定其合理性，问题的关键在于采取这种小国家小政府理论的环境和条件是否具备。从西方国家发展进程中看到，在经济发展初期，实施自由主义的经济政策是十分必要的，国家的职能是可以变化的，而不是僵死的。在经济发展初期，自觉地限制国家的经济干预和影响是正确的，正如路德维希·艾哈德所说，“我们的经济政策为消费者服务；只有消费者才是我们一切经济活动的度量员与裁判员。这种社会市场经济政策已向全世界证实，生产者的自由竞争，消费者的自由选购，以及个性的自由发展等原则，比任何形式的国家指导或国家管制，

① 吴惕安等，《当代西方国家理论评析》，陕西人民出版社，1994 年 12 月初版，第 227 页。
② 米尔顿·弗里德曼，《资本主义与自由》，商务印书馆，1986 年版，第 4 页。
③ 吴惕安等，《当代西方国家理论评析》，陕西人民出版社，1994 年 12 月初版，第 229 页。

更能保证经济与社会的进步。"[①] 其他两种国家职能理论，为国家职能的二分法，以及将国家职能分为政治和经济两方面和国家职能的三分法，即将国家职能分为政治、经济、文化三方面。在前者，例如，贝特兰·罗素认为政府具有两种职能，一是消极职能，它防止个人的暴力行为，保护生命和财产，制定并实施刑法；二是积极职能，它帮助实现大多数人的普遍愿望，这种职能在当代包括教育和经济两个方面。[②] 马尔库塞、哈贝马斯、奥菲等人则持三分法，例如，奥菲认为国家在理想状态下有三种职能：一、消极职能，从国家活动中系统地排除掉反资本家利益的选择机制，这主要地是通过政治结构和规定来进行；二、积极选择，从余下的可供选择的范围中，选择对整个资本有利的政策，排除掉那些服务于个别资本集团狭隘利益的政策，在这方面，国家通过积极干预为整个资本的发展制订积极有效的经济政策；三、掩饰选择，国家设法维持自己的中立性和自主性，以掩饰其阶级本质，这种选择职能与合法性和意识形态紧密相关。[③] 无论国家职能的二分法和三分法都主张积极扩大国家对经济的管理和干预，这一理论构成了凯恩斯经济学说的理论基础。凯恩斯否认资本主义经济中存在着自我平衡的能力，认为市场的自发力量不能导致总需求的自动平衡，不能保证生产的高度增长和高水平的就业率。在凯恩斯看来，有效的经济体制的内涵不仅仅包括资源利用的效率，它还意味着高水平的产出和高水平的就业率。要实现这些目标，就需要国家采取强有力的干预措施，从而发起一场凯恩斯革命。[④] 产权学派的代表人物道格拉斯·诺思的新古典国家理论认为，国家的目的有两个：一是界定形成产权结构的竞争与合作的基本规则（即在要素和产品市场上界定所有权结构），二是在第一个目的的框架内降低交易费用以使社会产出最大，从而使国家的税收增加。[⑤] 国家在经济上的职能最主要体现在对产权作出合理的安排并最大可能降低交易成本，这两种任务都需要一系列明确、稳定的规则作基础。诺思还认为：宪法在规则体系中的作用是相当重要的，一个政治-经济体制是由彼此间具有特殊联系的一系列复杂的制度构成的。宪法是这种体制最基本的组织约束，其目的是通过界定产权及强权控制的基本结构使统治者的效用最大化。它们是在下述目标下建立的：①设立一个财富和收入分配方式；②在竞争性世界中界定一个保护体制；③为执行法体制设置一个框架以减

---

① （德）路德维希·艾哈德，《来自竞争的繁荣》，祝世康、穆家骥等译，商务印书馆 1994 年 8 月初版三刷，第 55 页。

② 贝特兰·罗素，《权威和个人》，中国社会科学出版社，1990 年版，第 26－27 页。

③ 吴惕安等，《当代西方国家理论评析》，陕西人民出版社，1994 年 12 月初版，第 237 页。

④ 同③，第 251 页。

⑤ （美）道格拉斯·C·诺思，《经济史中的结构与变迁》，陈郁等译，三联书店，1994 年 12 月初版，第 24 页。

少经济部门中的交易费用。① 国家的作用就是在于设定一个公平、合理的财富所有和分配的制度。在西方资本主义国家，国家在经济上的职能得到了充分的发挥，在一个现代的混合物经济中，政府执行的重要经济职能是：确立法律体制、决定宏观经济稳定政策、影响资源配置以提高经济效率、建立影响收入分配的方案。② 因而，这四种经济职能又是相互配合，贯彻实施于每一个经济领域的，国家经济职能中很重要的一个方面是法律体制对社会资源的配置作用，这就需要对资源配置作出必要的制度性安排。

从社会主义国家的经济职能来看，社会主义国家更倾向于采用行政管理的手段来直接干预经济。在这种干预和管理下，无所谓自由的经济存在。在将市场经济引进社会主义经济建设的今天，必然要侧重于用市场手段来行使国家的经济职能，这样就有必要研究如何重新调整我国的国家经济职能实现方式，要用什么样的方式和手段来实现国家的经济职能是一个迫切需要解决的问题。从土地的国家所有制来看，如何使得作为最基本的生产资料的土地财富发挥其经济作用？在此方面怎样使国家的经济职能充分地得到实现？这一问题首先应当得到解决。在土地的国家所有制方面，我们既然接受了这种土地的所有权的安排，那么国家就有必要重新设计土地所有权制度，对其加以详细地规范，而这正是国家经济职能的一个重要部分。

国家的经济职能理论要求越来越充分地发挥国家的经济职能，顺应经济发展不同阶段的要求，加强和完善国家的经济职能。在土地制度方面，近几十年来各国均加强国有土地持有比例，以便通过政府对土地的开发，来达到各自的社会经济目标。在英国 1975 年开始推行土地公有化，英国工党土地政策的基本认识是：①土地是稀少的资源，土地的利用必须置于土地适当利用的计划之下；②土地开发的计划制度，一定要由地方政府、地域社会（社区）按其必要性和优先顺序积极控制；③依社会公共努力创造出来的开发利益一定要返还给地方政府。③ 英国土地公有化是采取将土地开发权收归政府并且可以用征购命令低价收购开发用地的措施。“城市开发地域的土地完全归城市政府所有，由政府开发以后才能出租出让，除此以外，在开发用地上不准许有其他开发行为。”④ 在法国自二战以后，完备了城市规划和建设法规，其土地宗旨就在于：在国家强力指导下编制已建市区及其周围的城市规划（包括建设），限制土地私有权的滥用，以政府为主体积极管理，使城市化和工业化所需要的城市新建、扩建、改

---

① （美）道格拉斯·C·诺思，《经济史中的结构与变迁》，陈郁等译，三联书店，1994 年 12 月初版，第 229 页。

② （美）保罗·A·萨缪尔森，《经济学》（下），高鸿业等译，中国发展出版社，1992 年 3 月初版，第 1169 ~ 1170 页。

③ 赵尚朴主编，《城市土地使用制度研究》，中国城市出版社，1996 年 8 月初版，第 16 页。

④ 同③，第 16 页。

建用地能够满足实际需要。[①] 在20世纪70年代以后由于迅速工业化和城市化的结果，为解决城市过密、居住不良、环境污染、社会分配不公平等问题，于1975年制定了《改革土地政策的法律》，1976年修改了《城市规划法典》，主要在如下两方面产生了突出的变革：（1）创设环境保护区域，致力于改善居住和生活环境，（2）不断缩小土地私有制，有计划地扩大政府保留地，建立经济性先买制度，进一步扩大公有地数量，[②] 还制订了“法定上限密度”（在低水平上限制容积率），引进超过负担款制度，制定公共用地评价标准，建立公共收购土地财源等各种制度和法规，形成了一个有内在联系的体系，以保证土地的合理利用和控制地价上涨。可见，在西方国家城市土地的所有及开发利用方面，国家的更为积极普遍的介入已成为一种趋势，国家正积极扩大公有地比例并制定相关法律。城市的建设已要求城市土地成为一项重要而特殊的土地，是集开发、出租、出售等多种经济行为为一体的综合性行为，国家对于城市土地亦采取产权安排、行政管理、规划设计等诸多手段相结合的综合体系。

应当看到，在西方国家中政府对国有土地的所有、管理、使用具有其自身特色。在西方国家，政府越来越经常地干预土地利用；政府干预土地利用的一个根本原因是个人效用与社会效用存在差异。对于个人或公司是最优的土地利用或管理方式，对于地区或社会并不一定最优。[③] 资本主义国家往往对某些土地采用国有化的措施，并带有很强烈的针对性和目的性，国有土地所有权经常与诸如土地开发和木材生产等特定的目的相适应。人们通常根据某种特定的目的购置（或保留）土地，然后根据这种目的仔细地确定目标。有很多特定的政府机构参与国有土地的管理，因此，政府的土地利用是由特定机构针对具体的事务制定各种具体规则和规定。在大多数国家只有个别土地利用部门的政策，没有综合性的全国土地利用政策。那些实际拥有或控制国有土地的机构之间的目标存在着巨大的差异，这种差异反映了政府土地利用的多样性和复杂性。[④]

在国家对经济领域干预越来越强烈的时期，在土地制度上，国家如何发挥其经济职能，又如何以合理的法律制度安排来调整国有土地利用制度，是目前世界各国都在深入探讨与实践的课题。我国的国有土地使用制度从国家的全面管理到国有土地使用权的改革，走过了一条独特的发展道路，但关于国家土地使用的法律制度的建立起步较晚，发展时间也较短，在土地国有制基础上如何完善国有土地使用制度，完善关于国有土地的诸多法律制度，是我国国家经济职能的重要组成部分，是一个涉及到城市开发、资源配置、环境保护、市民权

① 赵尚朴主编，《城市土地使用制度研究》，中国城市出版社，1996年8月初版，第18页。
② 同①，第20页。
③ （美）A·S·马瑟，《土地利用》，中国财政经济出版社，1991年6月初版，第94页。
④ 同③，第94～96页。

益等诸多方面的重大课题。

二、公法、私法和国有土地使用制度

公法和私法相分离是罗马法的特色之一，之所以会出现公法和私法的分离，依朱塞佩·格罗索在《罗马法史》中的观点认为，这是由于城邦与较小群体的社会很早就彼此相分离的结果，城邦的作用在于确定秩序并防卫外敌，它的地位凌驾于家庭和较小群体之上。“城邦的起源以及它凌驾于较小群体之上的地位直接满足的是简单而有限的秩序和防卫的目的，这种秩序仍然不同于在‘家庭’和氏族社会中产生和发展起来的，在民族内部以至更广的范围（至少可包括拉丁民族）内发挥作用的关系”[①]。公法与私法的分离可从罗马法渊源上的多元化角度更为深入地加以解释。最初，罗马的各种社会关系、经济关系都由神法（fas）统治，司祭阶层掌管着法律的制订和解释。在法律世俗化的进程中，家庭及其相互间的秩序、关系、协议、规则大量涌现，家庭内部及家长权等也逐渐形成一种习俗（mores），但这种家庭习俗的内外关系都受着神法（fas）所固有观念的影响。由于“罗马共同体”（Populus Romanus）的出现，共同体内部的斗争逐渐加剧，这样就出现了城邦，以便加以干预，防止公共利益受到损害，出现了城邦的司法权。“由于司法权（iurisdictio ）的设立，一方面当事人通过体现着法的内在逻辑的程式和行为开展活动；另一方面，执法官的司法权属于他的治权（imperirm）的范围，因而它可能表现得不受法（ius）的拘束。”[②] 执法官在行使司法权时，也并不是无根据的，他常常要运用和顾及市民法，这样“司法权同法（ius）的实现进程交织在一起，所有这一切构成法和城邦相结合的衔结点”[③] 此外，较小群体之协议，贵族与平民的协议，约法的出现，在共和国时期之前，这种斗争的结果——协议、约法是屡见不鲜的，这样在此阶段就出现了若干种法，市民法是自然形成的，而各种法律（lex）则是人订的。法律（lex）可分为私人法律（leges priratae）和公共法律（leges publicae ）。私人法律是由私人提出的规定，其作用在于调整和约束来由私人处置的物的关系和条件，如要式买卖约款（leges mancipii）、买卖约款（leges venditionis）、团体约款（lex collegi-i）；公共法律是指那些同城邦相关的法律，在共和国宪制的发展中，它们由民众根据执法官的提议加以表决通过。[④] 法律还可分为民决法律（leges ragatae）和官定法律（leges datae）。民决法律是指由各种民众会议、平民会、元老院制定的法律，官定法律是由执法官制定的法律，典型的例子是由经授权的执法官为自治市、殖民区、行省等地制定的法律。[⑤] “lex”一词有时是对某一客观关系的单方

① （意）朱塞佩·格罗索，《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社，1994年4月初版，第95页。
② 同①，第99～100页。
③ 同①，第99～100页。
④ 同①，第104页。
⑤ 同①，第105页。

面确定，有时又是某种形式的协议，或者说至少是由双方共同确定的，并多采取庄重形式作出。[①] 因此 lex 与 ius 不同，lex 常被用来指涉及到共同体秩序、安定、稳定的协议、约法，ius 则多指如市民法一样自然形成的罗马民法，lex 和 ius 长期共存，并同步发展，相互影响，最终归于统一。在共和国时期之前的法律（lex）和法（ius）各自在不同层面上发挥作用，但法律（lex）以法（ius）为前提条件，是不能直接修改法（ius）的，并受到法（ius）的限制。西塞罗曾提到一个一般性限制“如果某项规则不应当被确认为法，确认该规则的法律则是无效的”（si quid ius non esset rogarier，eius ea lege nihilum rogatum）。朱塞佩·格罗索解释说：“它肯定正是一种以法（ius）为基础的一般性限制，由于‘法’以其自然性为前提条件，因而它可以得到‘法律’补充，但不能直接由‘法律’加以修改。”[②] 此外，法律（lex）在当时不能直接撤销以市民法为根据完成的法律行为；依市民法采取的法律行为即使与法律的规定相左，也可以受到诉权保护而获得执行。法律（lex）的效力在此受到限制。[③] 法律（lex）和法（ius）的区分表现出，在罗马社会中，以法的制定起源和作用方面的不同而逐渐划分出两种类型的法律，但一开始这两种形式的法律是相互渗透，彼此难以严格区分的，在效力上则市民法要高于公法的前身——法律（lex）。

随着共和国时期的来临，民主政治日趋完善，不论是市民法还是法律（lex）都有着迅速的发展，并且市民法因其自然性和不完善性逐渐让位于法律（lex），作为制定法的法律（lex）有超越市民法的趋势。“组织成城邦的共同体有着自己的观念和结构，这种主权组织在共和国宪制中不断完善；该组织不断实现着民主化；这一切都为统一进程创造了环境，在该环境下，法律被视为市民法的渊源（甚至是市民法的首要渊源）”[④] 然而，这个过程是相当漫长的，法（ius）和法律（lex）之间的分界依然长期存在，二者各自在自己的领域发展着。“在私法领域，法律的作用仍然是很有限的，法（ius）仍然象最初那样基本上属法学理论解释（in interpretione prudentium consistit）的总和，因而古典法学仍然把这‘法’同由法律（lege）制定的法区别开来。”[⑤] 至君主制时期，法律（lex）已成为法的主要渊源，此时立法机构是民众会议，法律依然作为民众会议的制定物出现；然而发展到专制君主制时期，君主谕令也以法律（lex）的形式出现，全罗马的法律已实现了大统一，“法律”（lex）这一名词被用来指皇帝的谕令，罗马法在法律渊源问题上的多元性消失了，这种意义上的“法律”开始成为成文

---

① （意）朱塞佩·格罗索，《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社，1994 年 4 月初版，第 107 页。

② 同①，第 107 页。

③ 同①，第 108 页。

④ 同①，第 253 页。

⑤ 同①，第 253 页。

法（ius scriptum）的统一的、活生生的（仍具有创造性的）表现，是对这种规范的直接确定。除法律外，还存在着习惯，不成文法（ius non sdriptum）即“那些由长期习惯确认了的并被常年遵守的东西（diuturni mores consensu utentium comprobati）。”①

从法律（lex）与法（ius）最初起源和发展过程中可以看出，在罗马法中，“公法”和“私法”在很早就相互分离，法律（lex）最初起源于民主体制下，各家庭、较小群体、平民会议等的协议、约法，这种协议或约法无疑是旨在保持罗马共同体内部的秩序与安定，因此，乌尔比安将公法定义为“公法是有关罗马国家稳定的法（ins guod ad statum rei Romanae spectat）”——即涉及城邦的组织和结构的法律。这种区别可能同城邦与较小群体在相互关系中的对峙有关，这种对峙向我们展现了在最初阶段公与私之间的明确区分界饯，而罗马人有时又把这一概念理解为由共同体（populus）通过“法律”（后来又增加了其他同类渊源）加以确定的法。② 任何旨在区分公法和私法的学说都无法避免国家及其类似的共同体与私人之间的关系这两个主题，公法和私法完全是两种层面上的事物，即使在法律渊源高度统一的时期，作为法律整体内部也必然会出现公法和私法的划分，这种法律文化上必然出现的现象是由于调整社会关系的性质所决定的。法律上的“公”、“私”的分歧在很大程度上要归因于“国家”及其利益的作用和影响。

罗马法在“公法”和“私法”上具有模糊性，在公法和私法的区别标准上存在分歧，西塞罗等古典时期法学家以法律规定对象来区分公法和私法，公法规定国家事务，私法规定私人事务。国家事务是将人民视为一整体的事务，尤其国家组织及其机关的活动行为。私人事务是指个人间因法律行为而生之各种关系或权利义务；国家以没有直接侵害其利益或威胁其生存为由，而不加干涉。③ 乌尔比安则以利益作为区分公法和私法的标准，他认为：“公法是有关罗马国家稳定的法，私法是涉及个人利益的法。有的造福于公共利益，有的则造福于私人。公法见之于宗教事务、宗教机构和国家管理机构之中，私法则分为三部分，实际上，它是自然法、万民法或市民法的总和。”（D·1，1，1，2）但实际上，在罗马社会中，公共利益和个人利益之间的界饯是模糊的、重合的。这就势必造成公法和私法的模糊，例如，诉讼法在现代社会中是将其归入公法范畴，而在罗马法中是作为私法看待，盗窃、诽谤等也都被视为侵犯私权，之所以如此，很大程度上是由于当时对公共利益认识不明，法律意识还远未发展

① （意）朱塞佩·格罗索，《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社，1994年4月初版，第393－394页。

② 同①，第109页。

③ 戴东雄，《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》，1981年10月初版，第51页。

到高级程度。一般来说，很多社会事务都是由私人去处理，包括很多公共事务，这样就自然地混淆了公共利益和私人利益的界限，除非在很特殊且个别的情况下有国家法律的明确规定外，很多情况下是放任由私人做出决定并自行处理的。“除在涉及公共利益并且是在下达命令和绝对禁令的情况下，罗马国家自古不通过其机构进行立法干预”。[①] 西欧国家在封建主义时期，公法和私法不分是其法律制度的特色。西欧封建法律制度在立法过程，裁判过程及由这些过程产生的法律规则和概念都完全不同于罗马法，强烈地受到宗教、政治、道德、习惯的影响。[②] 例如，古日耳曼法就在公法和私法相混杂方面表现得很明显，日耳曼的私法并不含有纯粹、真正的个人权利，个人的权利受到团体利益的强烈影响，私法甚至可以说只是团体法的一个组成部分，“日耳曼法的身份法与财产法，尤其土地所有权法与继承法，均以社会团体之精神为出发点而加以规律。惟此法律观个人受到团体束缚，而无从发展个人高度的人格。”[③] 此外，“日耳曼法律观总是把个别人视作总体的肢体，因此其法律始终都具有服务于总体的功能，而且一开始就是根据共同体的利益来限定其内容的，…个人的一切权利只从总体获取并存在于总体利益之中。私法只是种扩散，只是公法的一个组成部分。”[④] 日耳曼法的另一特色是常以私法关系行使具有公法色彩的事务。例如，根据领主和附庸之间的采邑契约而产生的服兵役义务，根据领主和各等级之间的协议而产生的“贝德”（Bede）义务，[⑤] 都隐含着公法义务，但却是以契约形式表现出来的。又如，与封地所有权和领主权相关的政治统治权，诉讼裁判权，官职等，被视为私法上的财产权，而成为继承、转让、质押的标的。某人受封采邑（Benetiz）时，他不但享有公法上的统治特权（Regalien），而且其获得私法上财产之标的，亦得予以转让或继承。[⑥] 甚至纯粹公法上的兵役义务也被隐含在契约之中，例如，“采邑法非如罗马政治上的公法关系，国王对臣下有无限的统治权；而是带有私法上契约性质，缺乏绝对命令的统治权限。因此，日耳曼国的国王，要出兵罗马城时，必须对其臣民于一年前预为通知，其臣民始有出兵之义务。如短暂地方性的出兵义务，则应对臣民于六星期前预为通知。国王不预为通知或通知不合规定时，臣民得加以拒绝。由此可见，即使最能表现公法上之政治权利的防卫义务，也含有私法上的权利义务关系。”[⑦] 这一特色是西欧国

---

① （意）彼德罗·彭梵得，《罗马法教科书》，第10页，强制性法规定如：不得免除诈欺责任，保护嫁妆并不得放弃此种权利，监护人不得免除受监护人报账义务，以保护受监护人等。

② （美）伯尔曼，《法律与革命》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社，1993年9月初版，第9页。

③ 戴东雄，《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》，1981年10月初版，第24页。

④ （德）拉德布鲁赫，《法学导论》，米健等译，中国大百科全书出版社，1997年7月初版，第60页。

⑤ 同④，第58页。

⑥ 戴东雄，《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》，1981年10月初版，第25页。

⑦ 同⑥，第25页。

家法律制度的典型代表。在对罗马法的继受过程中，首当其冲的是将纯粹所有权观念从这种公法私法相混同的制度中抽取出来，这是法学进步的重要标志，是用改造了的罗马法来整合西欧封建法律制度的重大成果，所有权的创立使公法与私法有了区分的可能。同时，在这一历史进步中，区分公法和私法的需要也是非常强烈的，所有权的基本理念在于私法自治，强调个人的财产所有权和契约自由，这样就将私法凸显出来，就不可避免地要将公法和私法加以明确区分，公法和私法的划分最终成为近代法学家们对于法律的一个相当重要的分类方式。在19世纪的法学家看来，公法和私法的区分是那么必要，也是那么明确。"在私法范围内政府的惟一作用就是承认私权并保证私权的实现。伴随着私法自治理论而必然产生的观念中有两点很重要：其一，认为经济活动的基本主体是个人（这是一个相当原始的经济观点）；其二，不允许任何从事经济活动的个人联合，如公司和劳工团体的存在，政府活动的适当范围应受到极大限制，所以，应在国家社会生活和经济生活中竭力排除政府的参与。上述观念，对于生活在20世纪的人来说，将是很不可思议的事情。然而，那时的普遍观念却认为，法律领域内只有两个主体：即国家和个人，国家在公法范围内活动；个人在私法领域中行事。"[①] 随着20世纪国家干预经济生活的幅度越来越大，公法和私法之间的界线在法学理论中，也再一次地变得模糊了，"国家"不仅仅局限于公法领域，而逐渐渗透于私法领域，作为公法和私法双重主体而存在，"国家"地位的这一变化，混淆了公法和私法之间的明确界限。在法学理论中，关于公法和私法这种二分法之区分标准，主要有利益说、主体说、性质说三种：

（1）利益说，这是相对古老的学说，它由古罗马法学家乌尔比安创造，认为公法是保护公益，私法是保护私益。但公益和私益的区分又成为问题，现代社会很多事务都具有保护公益及私益的双重作用。

（2）主体说，此说由德国学者 G·Jelling 创造，也是一种比较陈旧的学说，他认为公法、私法区分应以法律关系之主体为其标准，凡规律国家或其他公共团体间之相互关系，以及国家或其他公共团体与私人间之相互关系者为公法，仅规律私人间或私团体间之相互关系者为私法。[②] 显然这种学说并未考虑到国家、团体和个人都可能以公法主体或私法主体身份出现，这样在主体上将三者固定化是不妥当的。

（3）性质说，又可分为权力关系说、统治关系说和生活关系说。

权力关系说是指规定权力者与服从者之间的不平等关系者为公法，规定平等者间的平等法律关系者为私法，如德国学者拉班德（Laband）说："所谓统治是命令自由人（及彼等之结合）行为不行为和给付及强制其遵从的权利。公法

① （美）约翰·亨利·梅利曼，《大陆法系》，知识出版社，1984年版，第108页。

② 郑玉波，《民法总则》，三民书局，1979年11月第11版，第2页。

和私法的区别要点即在于此。私法只有对物的支配；而对自由人则只有要求权，至于对义务者的强制权和命令权并不包含于其中。”[①]

统治关系说认为规定国家或其他公共团体之统治关系为公法，规定非统治关系为私法。生活关系说认为人类之生活可分为国民生活与私人生活二种，规律国民生活关系者为公法，规律私人生活相互关系者为私法，此种学说为日、台学者的通说。[②] 以生活关系说为区分公法和私法的标准是最为妥当的。因为，无论国家、团体和自然人都可能具有双重身份和资格。一方面是私法主体，另一方面则可能成为公法主体，公法和私法正是因这种不同性质的法律关系之差异而得到区分，这一学说消除了主体说的僵化，考虑到各主体在不同情况下有可能在公法和私法之间的转化，另一方面也不同于权力关系说和统治关系说，这两种学说共同的缺点在于顾及到国内的统治关系和权力关系，未考虑到国际法虽未规定统治关系和权力关系，但也不失之为公法，比较而言，生活关系说是相对全面、妥当的区分公法和私法的学说。

至20世纪，导致罗马法中公法与私法划分的国家因素再一次浮现出来，但这一次却是以新的面貌而出现。国家作为国有财产的所有者，包括对于土地的所有，进入了私法领域并受私法的调整，依据生活关系说，国家可以作为私法主体并受私法规范与约束，那么，私法调整法律关系的各种特色、基本原则等就必然适用于国家，国家必将降尊纡卑地服从由它创造的“私法”的调整和管辖，并要自觉地将公法和私法相分开，这就有必要明确私法对于国家的作用，以及国家在私法的调整和约束下的各种变异。

作为私法主体的国家与其作为公法主体能否划定明确的界限，依据生活关系学说，国家处于何种法律关系之中，就自然决定其具有什么主体性质，即法律关系的性质决定了国家的主体性质。当国家作为私法主体出现时，它就行使作为私权的国家土地所有权，同时，作为公法主体的国家并未因此而消失，依然存在于民事法律关系之外，依其法律制度而发生作用。问题在于，作为私法主体的国家与作为公法主体的国家之间的差异，应为法律所明确规定，否则两种具有不同性质的权利（权力）的主体极易相混淆，两种不同性质的法律制度亦彼此相混淆，作为公法主体的国家必然以行使国家所有权的名义侵犯干预私法关系。在此，区分国家在经济法与民法法律制度中的地位和作用，有助于明确国家作为公法与私法主体所存在的差异。

自20世纪初，由于法律制度中“国家”因素的上升，经济法逐渐成为国家管理经济活动的有力工具，经济法与民法对于土地，尤其是国有土地所有与使用制度的调整，已成为主要的形式。在社会主义国家，由于民法规范的不完善，

① （日）美浓部达吉，《公法与私法》，商务印书馆1937年版，第25页。
② 陈钝雄，《民法总则新论》，1982年3月初版，第3页。

经济法与民法两种调整方法和法律制度一度混淆不清。西方资本主义国家与社会主义国家对经济法的认识走过了两条不同的道路。

“经济法”一词最早由德国人莱特（Ritter）于1906年在《世界经济年鉴》一书中提出，在20年代的德国，曾掀起过研究“经济法”的热潮。当时是为了在第一次世界大战前后颁布大量的战时经济统制法规和恢复经济时期的经济法规而制定了大量的“经济统制法”，这也促使经济学理论的研究在德国的发展。此外，在英、美、日等主要资本主义国家始终注重经济法规的制订，以及用其有效地调整国民经济和社会进步。

德国学者黑德曼（Hedemann）认为“经济法”是新的法律概念，国家成了经济的管理者，并揭示属于经济法的主要法律有工会法、经济契约法、劳动法、土地法。喀斯克尔（Kaskel）谓经济法为规定经济企业者本身之法律地位之特别法规之全体，从而将经济法分为①总论，（A）经济的身分法（Wirtschftliches Personenrecht）；（B）经济物权法（Wirtschaffliches Sachenrecht）；②经济警察法，③经济合同法（Das Recht der wirtschaftgemeinchft）④共同经济法（Das Rechf der Gemeinwirtschaft），⑤经济官厅及经济争议，⑥国际经济法，而将劳动法除外。[①] 克诺特（Knott）认为经济法是规定各种职业阶级中特有的经济关系之法规的总称，它包括商法、工业法、交通运输法、农业及林业法、手工业法等。哥尔德斯密（Gold Senmidt）认为经济法应作为“社会化经济制度之全体”的法律规定。当时学者们比较一致的看法是，要通过国家制定关于社会化经济的法律，运用国家的强制手段直接干预经济生活，维持社会经济秩序。[②] 英国多数法学家否认在英国存在经济法，“在普通法系，很少有谁使用经济法概念，它至今还没有得到学术界的承认”。[③] 如果一定要对于“经济法”概念下定义，英国法学家们则认为，经济法是由国家对工商和金融事务进行干预的法规构成的，其基本哲理是经济的统制经济论（dirigism），即家长式统治的国家可以为了公共利益，而限制当事人的自治意思。英国经济法的两个特点在于：①它发展了“公共利益”概念，“公共利益这个术语用以说明议会对社会与经济领域中私人的某些活动进行调整的日趋广泛，因为国会认为，这样的法规符合公共福利的需要。”②经济法中包含着政府的政策，并进一步使之具体化，把政府之政策详细地纳入法律之中，这是英国经济法的一大特色。[④] 法国学者费尔南·夏尔·让泰认为经济法是“以给予公共权力机构能够对经济采取积极行动为目的的法律规则之总称。”这个定义，比较集中地表达了“国家干预经济的法”立论的基本点。罗伯·萨维认

① 史尚宽，《土地法原论》，正中书局，1975年2月出版，第9－10页。

② 刘隆亨，《经济法概论》，1997年3月第四版，北京大学出版社，第5－6页。

③ 《国际比较法百科全书·民法与商法》，第6页。

④ 施米托夫，《国际贸易法文选》，中国大百科全书出版社，1993年12月初版，第32－37页。

为经济法是普遍经济利益的法，它保障特殊利益同普通经济利益之间的平衡。[①]日本学者金泽良雄则认为，经济法是适应经济的（社会）调节要求的法律，对此可以理解为经济法主要是用社会调节的办法解决在经济循环中产生的矛盾、困难（由于民法自动调节作用是有限的）。换言之，在资本主义社会里，经济法是依靠"国家之手"来满足各种经济的（社会）调节要求的法；经济（社会）的调节要求，因时代和社会的不同，而有各种各样的表现形式。对于以民法（契约自由）为媒介而形成的垄断，制定反垄断法；对于经济危机和不景气，制定卡特尔扶植法和安定供求的法律，为了在不景气深刻化和物资不足中维持经济的稳定，而制定抑制物价和关于物资分配的法律。这些法律虽然立法目的、调整方向各不相同，但都可以从本质上考虑为经济法而统一加以把握。[②]小杉荣一认为："经济法是在垄断资本主义阶段出现的经济政策立法的总体。在垄断资本主义阶段，资本主义的危机加深，经济上的各种矛盾激化，与此同时，就为了避免危机和缓和矛盾而制定经济政策，并将其法律化。"[③]江上勋认为："经济法是以自由资本主义经济为基础，通过国家权力来完成民法无法解决的调节社会经济关系的法规。"[④]

社会主义国家"经济法"的发展却是经历了与资本主义国家完全不同的过程，其基本出发点也是不相同的。十月革命成功以后，俄共即颁布了土地法令，工人监督条例，禁止在城市买卖土地和建筑物的法令、粮食专卖法令、布匹及其他物品专卖法令、国家统计法令等一批经济法规，目的就是加强新型政权对国民经济的控制和管理，并渡过战时的难关。1921 年实行新经济政策后，先后颁布了以粮食税代替余粮征集制的通告、关于扩大国营企业物资处分权的通告、托拉斯法、整理财政经济办法、关于设立国家银行的法令等经济法规。1927 年以后，苏联在发达社会主义时期，进一步加强国家对国民经济的集中管理，建立起高度集中的社会主义经济管理体制，并大量制订经济行政法规，详细规范各部门的各种经济活动，数量繁多，达到惊人的程度。与此同时，捷克斯洛伐克于 1964 年 6 月 4 日颁布捷克斯洛伐克经济法典，其他社会主义国家也均为了适应对国民经济进行宏观调控的需要而大量制定经济法规，在这些国家中民法相当不发达。

在"经济法"理论方面，苏联学者的观点最能代表社会主义国家经济法学者对这一新型法律体系的认识，苏联法学家斯图契卡认为，苏联民法仅仅与新经济政策时期私有经济成分和商品货币关系相联系，因而，随着私有经济成分

① 罗伯·萨维，《法国法律上的经济法概念》，载《法学译丛》，1983 年第 5 期。
② 刘瑞复，《新经济法论》，中国政法大学出版社，1991 年 6 月初版。第 154－155 页。
③ （日）小杉荣一，《经济法》，载《法学译丛》，1984 年第 1 期。
④ （日）江上勋，《经济法·禁止垄断法概论》，载《经济法》，知识出版社，1982 年版，第 4 页。

被消灭和商品货币关系的日益缩小，民法将被经济行政法所排挤。在经济行政法中，法的原则将由组织的和技术的调整所代替。[①] B.B. 拉普捷夫更为明确地指出："经济法作为法律部门，其理论基础是横向和纵向经济关系的统一，是所有这些关系中的计划组织要素和财产要素的结合。"[②] 拉普捷夫认为，在社会主义经济中，实行经济活动方面的关系和领导经济活动方面的关系是统一的，不能根据它们中间一些关系是商品关系，而另一些不是商品关系而将它们分割开来。经济法将经济关系基本上分为三类：①实行经济活动时形成的关系；②领导经济活动中产生的关系；③内部经济关系。经济法所运用的法律调整方法不是一种，而是三种：强制性命令方法、协商方法和建议方法。在经济法律部门采用不同的调整方法，就可运用那些能够最大限度促进经济和政治任务解决的法律影响经济关系。

目前，我国学者普遍认为经济法是市场经济社会发展到相当程度而对于民法的超越而形成的一种新型的法律体系，其根源在于法律所根基的经济结构的改变。有学者深刻地指出，民法和经济法是市场经济法律调整的两个基本法律体制，是"二元论"，均不可偏废，"当代经济法的出现，并不是偶然的现象，它是社会由'私－私'对立和'公－私'对立向社会化复归，法律对社会关系的调整日趋社会化、精细化和专业化的必然结果。在这个过程中，国家和社会的矛盾逐渐缓和，国家及其立法者顺应或迫于某种客观规律，日益将传统的公法和私法手段，包括民事、行政、刑事和程序法等规范，有机地结合起来，对社会经济生活加以协调，或以社会的程序法等规范，有机地结合起来，对社会经济生活加以协调，或以社会的代表自居，直接参与经济关系。"[③]

民法的调整方法与经济法的调整方法有很大差异，两者难以彼此取代：

从主体上看，民法侧重于对市场经济微观主体的构建，强调民事主体的自由，权利的完整，而经济法之主体更多的是强调对国家管理活动服从的性质 。

从客体上看，经济法所调整的客体中，例如计划购销物品、爆炸物、武器、弹药，涉及生产、生活和社会安全的重要物品及其他禁止流通物，如矿藏、铁路等是民法所不能调整的，对于土地资源则民法和经济法均可加以调整。

从法律关系上看，民法注重对于私法权利和义务的规定，无论是所有权、他物权、债权，还是知识产权、股权，民法都对其加以详细周到的规范；而经济权利和经济义务，则注重对于公法性权利和义务的规定。为此，有学者认为，经济权利与经济义务具有社会本位，经济法律关系既不以权利为本位，又不以

---

① 梁慧星、王利明，《经济法的理论问题》，中国政法大学出版社，1986 年 8 月初版，第 42 页。
② B.B. 拉普捷夫，《经济与法》，董晓阳，张达楠译，法律出版社，1988 年 4 月初版。第 4 页。
③ 史际春，《社会主义市场经济与我国的经济法》，载《中国法学》，1995 年第 3 期。

义务为本位，而是以社会为本位，维持社会整体利益与均衡。[①] 有的学者则赞成使用“经济权限”这一术语，并指出经济权限应当是：国民经济总体运行中权力活动和经济活动中权利、义务范围的总和，国民经济运行领域的基本经济权限，可为经济职权、国家所有权、经营管理权、经济债权、工业产权。[②] 可见，经济权利和经济义务是国家对私权加以干预过程中所产生的公法性权利和义务。

从调整方法上看，民法注重“自由意志”、“平等”理念，用相对自由，灵活的手段来调整经济关系，经济法的调整方法则是多样化的，如制定经济计划、强制命令、指导性指令、经济监督、直接干预等方法来调整经济关系。由于民法和经济法在调整上的不同，经济法的调整方法带有更多的公法色彩，其中很多行为都是行政行为。

从法律理念上看，民法注重个人利益，从微观角度来调整社会经济关系，经济法则从公共利益、社会经济政策角度来调整经济关系，经济法超越了国家不介入私人经济生活领域的民法传统，是一种国家直接调节社会经济关系的法，经济法超越民法维护个人利益立法基点，把社会经济总体效益作为自己的价值目标，具有社会法性质。经济法超越民法所采取的放任自由权和消极限制的态度，代之以限制、禁止和积极引导，是一种强制促导法。[③]

国家对经济活动的作用，一方面表现在为经济活动制定诸多的经济法律规范，其中贯彻着国家经济政策，用以指导经济活动的发展方向。“经济法律关系是在经济关系中贯彻国家意志的重要形式。国家借助于经济法律关系这一形式，贯彻表现在法律规范中的国家意志，对社会经济生活施加影响，保护和促进符合国家利益和社会公共利益的经济关系，限制并取缔不符合国家利益和社会公共利益的经济关系，以达到发展社会主义经济的目的。”[④] 另一方面，各级各类国家机关代表国家实际参与经济活动之中，作为经济法律关系主体而发挥重要作用，国家作为私法主体存在时，也需要由国家机关作为代表，因此，这两种不同性质的法律关系下，由于其作用、职能、权利义务关系之不同，作为国家的代表机关的国家机关的权限应有法律明确规定。“作为经济法主体，国家经济机关不仅行使经济权力，发挥国家经济职能作用，而且也进行经济活动，享有经济权利并承担经济义务。”[⑤] 作为国家所有权的代表机关及其权利义务亦应有法律明确规范，这样在两种不同性质的法律关系中，国家才能完善地成为公法和私法的“双重主体”。

我国《民法通则》遵行《宪法》的规定确立了土地的国家所有和劳动群众

---

① 刘隆亨，《经济法概论》，1997年3月第四版，北京大学出版社，第83页。
② 刘瑞复，《新经济法论》，中国政法大学出版社，1991年6月初版，第280－281页。
③ 林晓镍，《民法界限的超越与经济法》，载《河北法学》，1997年第2期。
④ 梁慧星、王利明，《经济法的理论问题》，中国政法大学出版社，1986年8月初版，第153页。
⑤ 刘瑞复，《新经济法论》，中国政法大学出版社，1991年6月初版，第352页。

集体所有制两种形式，确立了全民所有制单位、集体所有制单位对于国有土地的使用和收益权（第80条），确立了公民、集体对集体所有土地或国有集体使用土地的承包经营权，确立了全民所有制单位、集体所有制单位对于国有森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面的承包经营权；但对这些权利的具体民事法律规定尚付阙如。在经济法类的《城市房地产管理法》，《土地管理法》及其实施条例中又有关于土地的经济行政法方面的规定，主要涉及土地权属登记、土地征用和审批，房地产开发用地的来源与划拨等问题。应当说，在我国关于土地的立法中是由民法和经济法双重调整的，相对来说，民法的规范处于弱势，即，对于土地所有人和使用人以及承包经营人的权利义务，权利的权能内容，转让、抵押、继承、终止等方面规定得不够，而国家处于管理者的地位，对各类土地进行规划、设定土地使用权、审批、保管、整治、管理、征用等方面的规定十分详细具体，这就造成了我国土地立法上的基础权利薄弱而土地管理权、土地管理方法多样的特点。应当看到，经济法的调整是无法取代民法的调整方法，对我国土地要采取经济法与民法双重调整方法，其原因在于：

（1）单纯以经济法调整国有土地，不符合创建真正的市场经济主体的目标，只有既加强土地的行政管理，又赋予市场经济竞争主体以国有土地使用权，才能使其享有平等的民事权利，又保障其活动受到国家的宏观经济调控。

（2）不以民法来规范国有土地使用法律关系，难以使民事主体对土地权利得到切实保障，容易受到来自国家行政权力的干预，因而即使在国有土地的所有与使用关系中，亦有必要采取民法规则，适用民法基本原则。

（3）在我国市场主体长期缺乏民事权利的情况下，赋予其土地使用权，可以使其对土地具有真正的物权，是在国家所有权的“普照之光”下建立民事权利的基础，有利于民事法律的完善，有利于国家法律规范的完善。

（4）西方国家国有土地并不占据主要地位，其土地国有化的目的亦仅限于城市开发、建设、环境保护等，所负载的经济目标与我国国有土地制度不一样，我国如何在国家土地所有权下明确土地使用权利和义务，促使民事主体更有效地利用国有土地是我国国有土地的法律制度建立的目标，因而民事手段是最为恰当的方法。

我国现行土地管理体制之间存在着诸多矛盾和冲突，在完善经济法和民法双重调整方法上，还有诸多问题需要加以解决：

（1）主体权利不清，国家所有权主体的职能还与行政机关的职权、权力相混合，真正行使国有土地所有权的机关还没有形成。针对这种所有权主体缺位现象，实际部门的管理人员曾设想：“原则上实行国家和省两级管理，以省级为主的管理模式。市对市辖区，县对乡镇可以设立派出机构实行垂直领导。省级以下可先普遍实行土地管理的双重领导，土地管理业务以上级政府土地管理部门领导为主；条件成熟的地区也可以实行省级以下土地管理垂直领导体制。土

地实行统一的垂直领导体制，难度很大，因而应允许有多元化的管理方式。留有余地，也有利于稳定。”[1] 但是，国家土地所有权的主体，还没有形成一套有效率的体系，国有土地的使用权的转让费用往往不能由国家享有大部分的收益权，作为国有资产的收益被地方政府截留、挪用，也未必能够用于耕地复垦和开发，造成国有资产在资金形式上的流失；同时国家土地所有者主体不明，权利不清，使得所有者对土地的民事权利残缺不全，这样地方政府对土地的管理就自然地填补进来，以行政管理代替所有权的行使。所有者权利不清，还造成土地使用者，经营者权利和义务的不清晰，以致在土地转让、交易过程中权利义务更加不清楚，这样就容易引发权益纠纷。

(2) 我国习惯于以管理方式对土地进行立法，而长期忽视对土地基本权利的规定，这种做法往往造成更多的矛盾和纠纷，用行政管理并不能代替民法上调整的方法，民法所规定的权利和义务才是市场经济运行的核心。行政管理手段无法代替民法的调整方法，民法对于土地基本权利的规范是核心，行政管理手段是立足于国家利益对于土地基本权利的保护、限制、管理和服务。没有基本权利和义务的规范，试图仅凭借行政管理的手段，就会失去市场经济运行的基本规则，因为市场经济是微观民事主体得以发挥作用的经济模式，对于土地来说，行政管理手段只能在土地规划、鉴定、审批、征用等方面做出规定，在很多基本权利和义务没有作出规定的情况下，就只能造成具体运作的混乱。

(3) 在国有土地上设立土地使用权，国家作为土地所有者的权利受到来自土地使用权的限制国家同时作为土地行政管理者又要以行政权力对土地使用进行规划、审批和监督，因而，有必要明确国家作为民事主体之时的权利和义务及其实现机制，以区别于日益增强和严密的作为行政管理者的国家的权力，二者不可偏废。

总之，国有土地所有权与使用权相分离，在国家所有者与土地使用者之间构建平等民事法律关系，同时又要加强国家对国有土地资源的管理和监督，是我国在社会主义国家探寻完善国有土地使用制度之时的独创。在创制土地使用权过程中，调整国家土地所有权，使之适应土地使用权制度，是我国国有土地使用制度改革提出的必然要求。社会经济活动中，“国家”因素的存在必然导致民事和行政两种法律体系的并立，只有实现了国家在两种法律体系中，不同的主体地位的权利义务彼此分离、并行无碍，才能为我国土地使用权制度的建立创造良好的法律前提和基础。

[1] 甘藏春，《必须采取世界上最严格的措施管理土地》，载《中国土地科学》，1997年第11期。

第二节　国家土地所有权诸问题研究

一、国家土地所有权的代表机关

在国有土地所有权之代表机关上的混乱不统一状态急需加以解决，现行法律在此问题上的规定彼此矛盾，而解决国有土地所有权的代表机关问题有利于为创建有效率的国有土地使用制度提供一个基础条件和法律前提。

黑格尔将国家称为一个有伦理精神的有知觉和思想的实体，因此，国家意志永远超越于个人、家庭和市民社会，并对它们具有强制性作用，要求它们以义务来服从国家意志。国家意志是客观实在的、绝对的、具有特殊性的事物，“国家是伦理理念的现实——是作为显示出来的，自知的实体性意志的伦理精神，这种伦理精神思考自身和知道自身，并完成一切它所知道的，而且只是完成它所知道的。”① 因此，黑格尔反对卢梭提出的公意说，他认为卢梭所提出来的国家意志只不过是单个人意志合并在一起而产生的“共同的东西”，这样，国家就成为契约，而“契约乃是以单个人的任性、意见和随心表达的同意为其基础的。”② 这种公意是缺乏理性的，是易变无常的，它所具有的只不过是某种“想像”的理性，因而造成了诸如法国大革命那样的可怕而残酷的事变。他认为首先要确立起具有权威性的有自主目的的不受个人意志主宰而主宰个人意志的国家理性。国家是神圣的，国家目的、国家利益是第一位的、首要的，家庭和市民社会的利益必须集中于国家。此外，“目的的普遍性如果没有特殊性自己的知识和意志——特殊性的权利必须予以保持，——就不能向前迈进”。③ 只有国家——作为客观实在的神圣物与家庭、市民社会的权利和利益共同进步，后者的权利义务服从于前者，又保持自己的活力和意志，“只有在这两个环节都保持着它们的力量时，国家才能被看作一个肢体健全的和真正有组织的国家。”④ 黑格尔认为民族精神是国家意志的重要组成部分，“精神只有认识了自身以后才是现实的，作为民族精神的国家构成贯串于国内一切关系的法律，同时也构成国内民众的风尚和意识，因此，每一个民族的国家制度总是取决于该民族的自我意识的性质和形成；民族的自我意识包含着民族的主观自由，因而也包含着国家制度的现实性。”⑤ 但是，黑格尔认为国家意志只能通过君主来表现出来，而国家行政机关只在特殊权利中维护国家的普遍利益和法制，把特殊权利归入国

① （德）黑格尔，《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆，1995年4月初版，第253页。
② 同①，第255页。
③ 同①，第261页。
④ 同①，第261页。
⑤ 同①，第291页。

家的普遍利益和法制之内。[①] 行政机关只是执行和实施君主的决定，一般说来就是贯彻和维护已经决定了的东西，即现行的法律、制度和公益设施等，而国家意志是与君主意志相合一的。

莱翁·狄骥否认国家人格说，他认为国家是统治者的工具，是由有强力的统治者集团而控制和掌握的，他也同样反对卢梭的社会契约论，反对神权论和人民委托论，"在某个集团中存在有一个或多个人，可以用强力来把它的意志强加于其他的集团成员，于是这便成了一个国家。"[②] "国家是一种纯粹的抽象东西，实际这就是行使国家权力的个人，"[③] 那么所谓的国家意志也就是统治者的意志，同时这种统治者意志也会合情合理地成为法律，具有法律效力。狄骥同时认为存在有一种客观法或可称其为社会纪律，它未必要表现成为法律规则，但成为法律规则的社会规则（客观法）对于统治者和被统治者均一体适用。因此，统治者的意志也表示出受到合法目的的限定，统治者也不能无故干预和限制个人的自由，此谓因分工而产生的社会连带关系，为此统治者的首要的任务就是不作任何违反社会连带关系的事情并尽量为实现连带关系而合作。"我们肯定，一切社会的活动就是连带关系。我们说国家必须确保它本身的存在，并且说，国家必须致力于社会连带关系而合作，因此也是为促使产生这种连带关系的法而努力。"[④] 在此，国家意志表现成为统治阶级在社会联带关系之中产生的意志。

汉斯·凯尔森的国家理论在20世纪法学家中具有创新价值，在凯尔森之前的学者们大多认为国家和法律是彼此分立的，采取国家和法律的二元说。凯尔森则认为，国家与国内法律秩序是合一的，"国家是由国内的（不同于国际的）法律秩序创造的共同体，国家作为法人是这一共同体或构成这一共同体的国内法律秩序的人格化。"[⑤] 凯尔森同样否认全民集体意志的存在，他认为所谓"集体意志"只不过是一种虚构之物，是从来也未存在过的，因为公民的意志、思想是变化不定的、各各不同的，只有在一个相对小的集团中才有可能达成意志和思想的统一性。国家之所以有权力，能够作为一个"政治组织"而存在，是因为国家本身就是一个强制性秩序，"国家是一个政治上有组织的社会，是因为它是一个由强制性秩序构成的共同体，而这个强制性秩序便是法律。"[⑥] 国家的活动就是通过其机关进行的。所谓国家机关，就是履行由法律秩序决定的职能者，这些职能者的职能无论是创造规范性质的职能或是适用规范性质的职能，全都

---

① （德）黑格尔，《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆，1995年4月初版，，第309页。

② （法）莱翁·狄骥，《宪法论》，钱克新译，商务印书馆，1959年2月初版，第479页。

③ 同②，第479页。

④ 同②，第483页。

⑤ （奥）凯尔森，《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社，1996年1月初版，第203页。

⑥ 同⑤，第213页。

是由法律秩序决定的特定职能。因此，国家对于其国家机关来说，就成为一个归属主体，“国家问题，就是一个归属问题，国家可谓是各种各样人的活动所投入的共同点，不同人的活动归属的一个共同点。凡其活动被认为是国家行为的人，其活动归属于国家的人，就称为国家‘机关’。当然，不是每一个人都能够表现国家行为，只有那些能够表现的人的某些活动才是国家的行为。”① 那么，国家机关的活动是多样的，何种行为才能被称为国家的行为而归属于国家呢？凯尔森认为，“只有在人的活动以特定方式符合所预定的法律秩序时，我们才将该活动归属给国家。只有在人的活动以特定方式由规范秩序所决定的条件下，这一活动对国家的归属才有可能；而这一秩序就是法律秩序。”② 凯尔森的国家机关说的可取之处在于，他认为国家作为一个国家机关活动的归属主体，这种归属标准只能是国家机关活动符合法律秩序。这一理论具有借鉴意义，它以归属性来取代国家意志，在一个国家中管理某一特定事务的国家机关可能不止一个，若干国家机关的职能应当明确划清，相互配合，互不干涉，共同组成一个完整的规范体系以圆满解决和处理国家事务。这些国家机关的活动都是具有归属力的，都应归属于国家，都代表着国家意志。因此，问题就通过这些国家机关内部规则的制定和相互关系的处理而被解决了。

国家作为客观实存，其行为活动都要依赖其机关的活动。作为民事主体的国家应有特定机关以代表它在司法领域作出意思表示，正如我国学者所指出的，“任何机关都可以代表国家行使所有权，从而造成管理多头、职责不清甚至无人负责，国有财产不能得到有效地使用和保护。这种状况也是国有资产的流动，国家作为民事主体活动的最大障碍。”③ 其结果，“一方面，在国有财产权主体与行政权主体重合的情况下，国有财产难以突破行政权的束缚进入流通领域，而国家也就难以以民事主体的身份进行活动。另一方面，如果任何国家机关都可以代表国家行使财产权，财产权权能在各个国家机关之间发生复杂的‘分裂’和分配，以至于每一个机关享有的权利都不可能是完整的、能够足以代表国家从事活动的权利，谁也难以作为所有者的代表从事民事活动。”④ 由哪一机关来充当国家的“代表者”，在不同国家有不同的作法，但必须具备两个条件，一是该机关能够真实地反映国家全体人民的意志，其作出的意思表示能够归属于国家；二是该机关应具有稳定性，能够保障在国家存续期间始终能够代表国家。为此，以法律规定的形式来确定该机关、该机关的法律地位、其权利义务，实现该机关的权利义务，明确其作出决策的法律机制和程序，才能保障国家机关

① （奥）凯尔森，《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社，1996年1月初版，第215页。

② 同①，第215页。

③ 王利明，《国家所有权研究》，中国人民大学出版社，1991年4月初版。第272页。

④ 同③，第272－273页。

的活动可以归属于国家，成为国家意志的表现。

目前，国有土地以出让方式和划拨方式设定国有土地使用权，在国有土地使用权有偿出让中，由市、县人民政府有计划有步骤地进行。出让的每幅地块，用途、年限和其他条件，由市、县人民政府土地管理部门会同城市规划、建设、房产管理部门共同和制定方案，按照国务院规定，报经有批准权的人民政府批准后，由市、县人民政府土地管理部门实施；在国有土地使用权划拨中，由县级以上人民政府依法批准，在土地使用者缴纳补偿，安置等费用后，将该幅土地交付其使用，或者将土地使用权无偿交付给土地使用者使用。这些规定明确了国有土地所有权的代表是各级人民政府。在国有土地使用权出让合同文本（GF－94－1001）中，出让方却是各市县的土地管理局，但实际上，土地管理部门并无独立的国有土地使用权出让权。出让土地使用权须按照国家土地管理局发布的《出让国有土地使用权审批管理的暂行规定》履行报批手续。按照审批权限规定需报上级人民政府批准的，要事先向上级土地管理部门呈报，拟出让的土地经依法批准后，市、县土地管理部门可与土地使用者签订土地使用权出让合同，可见，各级土地管理部门并不是国有土地所有权的代表机关。对上述模式，新《土地管理法》所确立的体制大体未变，其第二条第二款规定：“全民所有，即国家所有土地的所有权由国务院代表国家行使。”第五条规定：“国务院土地行政主管部门统一负责全国土地的管理和监督工作。县级以上地方人民政府土地行政主管部门的设置及其职责，由省、自治区、直辖市人民政府根据国务院有关规定确定”。这样，由国务院行使国有土地所有权，各级人民政府依然享有本行政区划内的国有建设用地的出让权，新《土地管理法》第五十三条对此规定如下：“经批准的建设项目需要使用国有建设用地的，建设单位应当持法律、行政法规规定的有关文件，向有批准权的县级以上人民政府土地行政主管部门提出建设用地申请，经土地行政主管部门审查，报本级人民政府批准。”

这种国有土地所有权代表机关的模式，容易造成土地所有权名义上为国务院行使，实际上旁落，而由各级地方人民政府行使。在规划不明确，征用审批权过于宽松的情况下，极易造成各级地方人民政府为了地方利益，而片面地追求土地使用权出让的利益，将国有土地出让的一级市场的规模盲目扩大，审批权层层下放，越权批地，或分次审批，从而达到使本行政区划内国有土地数量因盲目征用而激增；国有土地使用权出让后，也容易引发使用权在交易市场中倒卖现象，最终损害的是农民利益、国家利益。正如有学者所说，“现在来看，在土地问题上，再强调地方利益为主，的确危害民族，危害子孙。现行的土地管理体制是按照以地方利益为主导的土地利用体系来设置的。土地管理局隶属于同级政府，以至一些地方出现了‘踢开土地局长搞开放’的情况，土地违法案件甚至土地数据都不能如实上报，这种体制无法保证依法行政。在我国，土地违法主体除了公民、法人以外，主要是地方政府，这是土地管理与其他部门

的不同点。"[①] 新《土地管理法》在保留了国务院作为国有土地代表机关，地方各级人民政府对本行政区划内的国有土地行使出让权的模式下，从三个方面加强了在土地管理中国家对地方政府权力的制约：①在土地规划方面，土地利用总体规划上收由国务院和省、自治区、直辖市人民政府批准。省、自治区、直辖市的土地利用总体规划，报国务院批准。省、自治区人民政府所在地的市、人口在一百万以上的城市以及国务院指定的城市的土地利用总体规划，经省、自治区人民政府审查同意后，亦报国务院批准。此外，除乡（镇）土地利用总体规划可以由省级人民政府授权的设区的市、自治区人民政府批准外，一律由省、自治区、直辖市人民政府批准；②在农用土地转用方面，依据土地利用总体规划进行转用审批。省、自治区、直辖市人民政府批准的道路、管线工程和大型基础设施建设项目、国务院批准的建设项目占用土地，涉及农用地转用的，由国务院批准；在土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模范围内，为实施该规划而将农用地转为建设用地的，按土地利用年度计划分批次由原批准土地利用总体规划的机关批准；③在土地征用方面，将征用审批权完全上收由国务院和省、自治区、直辖市人民政府行使，并依然受农用地转用手续的制约。征用基本农田，基本农田以外的耕地超过35公顷；其他土地超过70公顷的，均由国务院批准，此项限额之下的土地，由省、自治区、直辖市人民政府批准，并报国务院备案，完全取消了原《土地管理法》在土地征用上的分级限额审批制度。可见，新《土地管理法》是在加强国家控制的前提下保留了"国务院代表国家行使国有土地所有权"的模式，在此前提下，留给地方政府的权力已被大大削减，主要削减的是各市、县对国有土地的审批权，这种做法是非常果断、正确的。

有学者提出"国务院是国有资产的所有者，只有国务院才能代表国家统一行使国有资产的所有权，任何地区、任何单位都不是国有资产的所有权主体。"[②] 但是这一观点并未将国家作为国有资产所有者，为何必须以国务院作为代表机关的原因加以解释。有学者提出如下体制设想："国家所有权主体的意志是通过各级人民代表大会的活动，以立法形式形成和体现的；根据设想，国有资产所有权主体的行为表现为国有资产管理委员会和各中介经营机构在其职权范围内所进行的活动，上述各机构的行为通过其主要管理和经营人员的职务活动得以实现。"[③] 有学者认为："行使（国有土地）所有权主体职能的是全国人民代表大会…地方人民代表大会是一级权力机关，但对国家所有的财产来说，它不是一

① 甘藏春，《必须采取世界上最严格的措施管理土地》，载《中国土地科学》，1997年第11期。
② 谢次昌，《国有资产法》，法律出版社，1997年6月初版，第31页。
③ 徐晓松，《国有资产保殖增殖的难点及法律对策》，载《中国法学》，1996年第6期。

级所有权主体。"[①] 亦有学者认为"城市土地所有权归全国人民代表大会享有…城市土地所有权权能也不宜完全交给政府行使。最恰当的方式，是依一定条件委托给城市地方人民代表大会行使。"[②] 这些设想尽管彼此有所不同，但都提出了全国人民代表大会在国家土地所有权问题中的地位。国家作为全民所有的国有土地的所有者，其国家意志即所有者意志只能来自于全国人民代表大会，各地方人民代表大会只能对本地方事务加以审议，对于国有土地无权加以审议，国家作为国有土地所有者，只能通过全国人民代表大会表达其意志，国务院作为行政管理部门，只能对国有土地使用者的行为加以监督管理。此种管理权限亦应授权由国务院下属土地行政管理部门分级执行，但无论如何国务院不能没有全国人民代表大会的授权就直接代表国家行使国家土地所有权。因而，笔者认为，应强化全国人民代表大会对国务院作为国有土地所有权代表机关的授权和监督，只有这样，才能建立有效率又有监督的国有土地所有权的法律制度。

在国有土地所有权的行使上，应当明确，国务院作为国家的代表机关行使国有土地所有权，其作为所有者职能与作为管理者职能的关系。在新《土地管理法》制订之际，有观点认为，"应该明确国务院是国有土地惟一的产权代表。地方各级人民政府应是根据国务院委托授权，管理、经营一定范围的国有土地；土地管理部门应是根据国务院的委托对国有土地资产进行监督、管理的专门机构。"[③] 新《土地管理法》第5条也规定，"国务院土地行政主管部门统一负责全国土地的管理和监督工作。县级以上地方人民政府土地行政主管部门的设置及其职责，由省、自治区、直辖市人民政府根据国务院有关规定确定。"可见，我国目前国有土地的所有与管理职能逐渐相分离。

目前，行使国家土地所有者职能的只能是国务院，但在国有土地使用权出让合同中，出让方依然是各地方土地行政主管部门，这种法律规定将国有土地所有者与管理者身份相混合。应明确土地行政管理部门仅是土地的管理者，并无授权代表国务院行使国家土地所有权的职能，否则，将使国家土地所有权及其相关的民事法律关系难以同行政管理权加以明确区分，土地行政管理部门只有行政管理权而无国有土地使用权的出让权。真正行使国有土地所有权并享有土地使用权的出让权的只能是国务院，依《土地管理法》规定精神，国务院可授权各地方人民政府行使本行政区划内的国有土地使用权的出让权，从而形成行使国有土地所有权职能的体系。同时，作为土地管理者的土地行政管理部门，作为专门机构，独立行使其土地管理、监督职能，对国有土地使用者使用国有

① 《城镇不动产市场经济问题》，南京出版社，1993年版，第115页。
② 《市场经济下的国有城市土地产权制度》，载《中国土地科学》，1994年第6期。
③ 甘藏春，《必须采取世界上最严格的措施管理土地》，载《中国土地科学》，1997年第11期。

土地的各种行为进行管理和监督，独立于各地方人民政府而发挥土地管理职能，这样从体制上入手，将国有土地所有者与管理者加以明确区分。

作为国有土地所有者，其权利受到物权规则的约束，必须以法律形式明确规定，并且作为土地所有者，其权利受到极大限制，同时，作为国有土地管理者，随着社会经济发展，各种管理行为越来越详细、周密，国有土地管理权必将日益强化，这种国有土地所有权的固定化与国有土地管理权的严密化正是我国国有土地所有权法律制度发展的必由之路。依据现行法律，国有土地所有权行使过程，与国家土地管理部门的活动是紧密相关的。在国有土地出让中，建设单位应当持法律、行政法规规定的有关文件，向有批准权的县级以上人民政府土地行政主管部门提出建设用地申请，经土地行政主管部门审查，报本级人民政府批准，才可签订国有土地使用权出让合同。在土地用途变更方面，确需改变土地建设用途的建设单位，应当经有关人民政府土地行政主管部门同意，报原批准用地的人民政府批准。在城市规划区内改变土地用途的，在报批前，还应先经有关城市规划行政主管部门同意。在收回国有土地使用权方面，当有下列情况时，均要由有关人民政府土地行政主管部门报经原批准用地的人民政府或者有批准权的人民政府批准：①为公共利益需要使用土地的；②为实施城市规划进行旧城区改建的，需要调整使用土地；③土地出让等有偿使用合同约定的使用期限届满，土地使用者未申请续期或者申请续期未获批准；④因单位撤销、迁移等原因，停止使用原划拨的国有土地的；⑤公路、铁路、机场、矿场等经核准报废的。《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第 17 条第 2 款甚至在国有土地使用权人未按合同规定的期限和条件开发、利用土地的情况下，没有赋予国有土地所有者以民事权利，而直接以国家土地管理部门的行政处罚权代替之，规定市、县人民政府土地管理部门对此应当予以纠正，并根据情节可以给予警告、罚款甚至无偿收回土地使用权的处罚。可见，国有土地所有者职能的行使还不能与管理者权利相分离，两者相互紧密结合构成我国国有土地所有权行使的特色。

这种模式实际上是以国家土地管理来代替作为国家土地所有者代表机关的国务院及其所授权的各级地方人民政府监督国有土地使用者的职能，它并不影响国有土地所有权的行使，相反却有利于国务院及其各级地方人民政府更有效率，更好地行使国家土地所有权。只要法律明确了国家土地所有权的代表机关，明确了国有土地使用权的出让者，并对于国家土地所有权的权利义务作出明确规定，国有土地的行政管理权就不会侵害国家土地所有权，相反有利于国家土地所有权的行使。

为此，笔者认为，应明确国家土地所有者职能与管理者职能，在体制上创制两套相互独立又权责明确的国家土地所有权代表机关系统和国家土地管理系统。长期以来，土地行政管理部门受制于各级地方人民政府，无法充分发挥土

地行政管理职能，同时地方政府对国家土地所有权的权利义务不明确。只有将土地行政管理部门从地方政府管理中独立出来，形成两套相互独立的所有与管理体制，使之相互促进，相互制约，才能使国家土地所有权及其使用权制度尽快走上正轨。

二、国家土地所有权的特色

目前，我国国有土地上可以设置各种土地使用权，其种类大体如下：

（1）划拨国有土地使用权，对于下列用途，经县级以上地方人民政府批准，可以以划拨方式设立国有土地使用权：①国家机关用地和军事用地；②城市基础设施用地和公益事业用地；③国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地；④法律、行政法规规定的其他用地。

（2）有偿出让的国有土地使用权，这是国有土地上设置的最为普遍的土地使用权，出让方式主要有协议、招标、拍卖三种法定的出让方式，出让国有土地使用权可以自由转让、出租、抵押。目前此种土地使用权更常用于国有土地开发事业之中。

（3）国有土地上设置承包经营权，国有的森林、山岭、荒地、水面、草原、滩涂等可以由单位或者个人承包经营，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产，各种承包期限由双方当事人约定，承包费亦由承包合同明确规定，承包经营土地的单位和个人，有保护和按照承包合同约定的用途合理利用土地的义务。

（4）国有土地上设置开垦地的长期使用权，开发未确定使用权的国有荒山、荒地、荒滩从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产的，经县级以上人民政府依法批准，可以确定给开发单位或者个人长期使用，但必须是在保护和改善生态环境，防止水土流失和土地荒漠化的前提下进行，必须经过科学论证与评估，在土地利用总体规划划定的可开垦的区域内，经依法批准后进行。不得毁坏森林、草原开垦耕地，禁止围湖造田和侵占江河滩地。对破坏生态环境开垦、围垦的土地，应有计划有步骤地退耕还林、还牧、还湖。

（5）地役权。为集体所有的土地或各种已设定土地使用权之土地的便利而在国有土地上设定地役权。

在此笔者侧重于分析国有土地使用权出让中的国家土地所有权的特色。

在土地使用权制度中，国家土地所有权受到了极大的限制。作为民事权利的国家土地所有权在国有土地使用权出让中，将占有权、使用权和收益权转移给土地使用权人，土地所有者享有收取地租的权利和最终的处分权。在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，可以依照法律程序提前收回；对于划拨国有土地使用权，由于划拨国有土地使用权具有无偿性，因而国有土地使用权的提前收回亦为无偿收回；对于出让国有土地使用权，应根据土地使用者使用土地的实际年限和开发土地的实际情况给予相应的补偿。此外，以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的，满二年未动工开发，可以无偿收回国有土地使用

权；但是，因不可抗力或政府、政府有关部门的行为或动工开发必须的前期工作造成动工开发迟延的除外。有学者认为，前一种“提前收回”实际上是国家征收，是基地使用权征收；后一种“提前收回”相当于传统民法上的地上权撤销。[①] 笔者认为，这两种“提前收回”体现了我国国家土地所有权不同于传统民法理论的特色，在我国国家土地所有权的权利内容中贯彻着国家对城市国有土地开发利用的政策精神，因而满二年未动工开发或因社会公共利益需要均可以导致国有土地使用权的提前终止，恢复国家土地所有权，国家土地所有权的这两种权利是传统民法土地所有权人所不具备的。学者认为，根据社会公共利益的需要而提前收回，在性质上属于国家征收，是对基地使用权的征收，但这一观点忽视了国有土地所有权与地上权之间已建立的物权关系，在土地征收中并不存在这种物权关系，国家土地所有权的“提前收回”权的行使，虽然也是根据社会公共利益的需要，但这是在已建立的土地使用权关系之中产生的要求，应视之为土地使用权终止的法定原因，并不能等同于土地征收中的“公共利益目的”。这两种“提前收回”权是我国国家土地所有权在地上权制度中的特色，是地上权提前终止的两种具有我国特色的法定原因。

我国国家土地所有权的行使，表现为内部的相互制约机制，并不是完全自由地由各市、县行使授权的国家土地所有权。在国有土地使用权设立过程中，国家土地所有权的特点是，与国家土地管理权相结合，由土地行政主管部门先行审查，并应遵守农用地转用审批程序和土地征用程序；在国有土地使用权存续期间对土地使用者依土地使用权出让合同规定进行开发、利用、经营土地情况进行监督，也离不开土地行政管理部门发挥其职能；在土地使用者未按合同规定的期限和条件开发、利用土地时，市、县人民政府土地管理部门应当予以纠正，并根据情节可以给予警告、罚款直至无偿收回土地使用权的处罚（《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第 19 条、第 28 条规定）。未按土地使用权出让合同规定的期限和条件投资开发、利用土地的，土地使用权不得转让、出租。

这些规定，均将我国国有土地所有权的行使与土地行政管理权的行使相结合。笔者认为，在国有土地使用权制度中，国家土地所有权受到极大的限制，对土地使用者利用土地的监督，对土地使用者申请续期的审批，及保持最终的处分权等均应属于作为土地所有者的国家的民事权利，是国有土地使用权制度中，国家土地所有权的基本权利。如土地使用者未按合同规定的期限和条件开发利用土地，不能单纯通过行政手段，采用警告、罚款，无偿收回土地使用权的方法进行行政处罚，否则两种性质的法律关系相互混淆，必将使土地使用权人处于不平等地位。由于在我国，国有土地使用权的设定，并不单纯是使用土地为

① 梁慧星主编，《中国物权法研究》（下），法律出版社，1998 年 6 月出版，第 688 页。

目的，其中还负载了提高国有土地利用效率的土地政策，因而促进土地使用权人提高土地使用效率，是我国国有土地使用权制度要达到的重要目标，通过行政管理手段和民事手段均可达成这一目的，这两种手段均不可偏废。所以，应加强国有土地所有权，对于土地使用权的监督，地上权人负有合理使用土地的义务，地上权人违反此项义务，土地所有权人有权行使物上请求权，请求地上权人停止侵害、排除妨害、消除危险、恢复原状，但在为土地开发国有土地使用权出让合同中，单纯的土地所有权人之物上请求权已不足以保护国家利益，必须通过国家行政管理权对土地使用者的行为进行监督管理，为此，未按土地使用权人出让合同规定的期限和条件投资开发利用土地，土地行政管理部门予以纠正，并根据情节给予警告、罚款，直至无偿收回土地使用权的行政处罚是必要的。正是因此，有学者指出，"应把土地使用权出让定性为民事法律行为，出让人和受让人因此而形成的关系为民事法律关系。不过，由于出让人享有给予受让人警告、罚款直至无偿收回土地使用权的处罚权，因此，严格说来，土地使用权出让带有某些行政性质，但它所占比重很小。"① 但依国有土地使用权合同规定的期限和条件开发利用土地，亦应属于国有土地使用权人应承担的法定义务，土地使用权人违反了此项法定义务，应当承担相应的民事责任，不应单纯地对土地使用权人科以行政处罚而忽略了土地使用者应承担的民事责任。此外，针对以房地产开发为目的而出让国有土地使用权，转让房地产时，应当符合下列条件：①按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金，并取得土地使用权证书；②按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的25%以上，属于成片开发土地的，形成工业用地或者其他建设用地条件。我国《房地产管理法》第65条规定，违反上述条件，由县级以上人民政府土地管理部门没收违法所得，可以并处罚款，对此种国有土地使用权人违反法定义务的，亦应设置民事责任，而不应单纯科以行政处罚。这应为国家土地所有权的特殊性所在，在传统民法中地上权人并不承担此项义务，而在我国国有土地使用权出让中，为维护国家公共利益，限制土地盲目投机，设置此种法定义务是十分必要的。

总之，我国国有土地使用权制度中，国家土地所有权并不完全等同于传统民法上的土地所有权，为了国家公共利益的需要，不仅赋予了土地使用者更多的法定义务，设置国有土地使用权法定终止原因以保障国家利益，并为了保障国有土地使用权人的认真合理履行，在国家土地所有权的民事保障之外设置了诸多的行政保障措施，但这并不能否定以房地产开发为目的的国有土地使用权出让合同依然属于民事法律行为的性质。由此可以看到，国家土地所有权不同于一般土地所有权，其权利内容更为丰富，虽受到地上权的限制，但由于赋予

① 崔建远等，《中国房地产法研究》，中国法制出版社，1995年3月初版，第22页。

土地使用者更多的法定义务，而享有较一般土地所有权更多的权利内容。

三、国有土地使用费税研究

国有土地使用费税是由土地国家所有转化为由土地使用权人使用过程中重要的宏观调控手段，由于土地是一种稀缺性资源，如何使这种性质的资源能够最大可能地由最有效率的生产者使用以发挥其最大效益，是土地使用费税制度所要关注的问题。

目前，我国城市国有土地使用者所承担的税务有：城镇土地使用税、耕地占用税、固定资产投资方向调节税、房产税、契税、土地增值税；此外，国有土地使用权人还应缴纳土地使用费。目前对国有土地使用税费的征收有两种观点：一种观点认为我国城市土地属于国家所有，作为所有者的国家，只能向土地使用者（企业和其他土地使用者）征收土地使用费，而不应再用行政力量征用土地税。[①] 其理由主要有以下几点：①国家本身就是土地所有者，如果征收土地税，就等于说自己向自己征税；②费税并存，必然会使这部分税收加入产品成本，从而只能增加消费者的负担，引起物价上涨；③如果实行“税”“费”分流，那也只是财政部门内部的财政划拨问题，而不应在征收工作中实行所谓的“税”“费”并存。[②] 也有学者主张采取“先租后税”制度，即先由国有土地管理部门向经营者，用地者收地租，后由国家财税部门向国有土地财产所有者的代表——国有土地管理部门——收地税。这一观点的理由主要是国家作为税收征管者与作为土地所有者的职能是分立的。对土地管理部门征收地税，会促使地产管理部门向财税部门提供地产使用的地地材料、地租标准、数量及其变动情况，从而加强对地产管理部门的监督。[③]

依据《中华人民共和国城镇土地使用税暂行条例》的规定，纳税人主要为城市、县城、建制镇、工矿区范围内使用土地的单位和个人。开征城镇土地使用税的意义主要在于对无偿使用国有土地的土地使用者加以控制，防止其多征、多占、多用，造成土地资源的严重浪费和土地使用的效率低下。此外，由于地理位置、交通公用设施、地质差异等因素，土地级差收入差距很大，通过根据不同情况确定高低不同的税额来平衡土地的级差收入。城镇土地使用税在实际执行过程中，由于不同等级土地之间适用税额差距太小，根本起不到调节级差收入的作用，又由于对国有企业征收造成原本已处于亏损状态的的企业又背上新包袱，因而不得不陆续下达了一些税收减免规定，从而未能起到预期的作用。在地方政府执行中，该税由地方政府负责征收，其收入由地方政府和中央政府

---

① 张朝尊主编，《中国社会主义土地经济问题》，中国人民大学出版社，1991 年 7 月初版，第 172 页。

② 同①。

③ 胡文政，《地产供求与中国的经济发展》，陕西人民出版社，1995 年 12 月初版，第 225 – 226 页。

对半分享，地方政府认为，这种分享安排实际上是把发生于地方的收入无偿转移到中央，因而对开征此税积级性不高。[①] 该税的减免税权由省、自治区、直辖市税务机关审核后，报国务院税务总局批准，因而与土地使用税的地方性相悖，削弱了地方机动性，也不利于发挥地方积极性。[②] 由此可见，城镇土地使用税是在划拨国有土地使用权为主时期所采取的一种土地税，又由于土地使用权人与国家难以截然分离，这就造成了城镇土地使用税的征税对象是国家的混淆，以及城镇土地使用税是对土地所有者征收的土地财产税的理论误解。由于划拨国有土地使用权的范围已由《土地管理法》明确规定为：①国家机关用地和军事用地；②城市基础设施用地和公益事业用地；③国家重点扶植的能源、交通、水利等基础设施；④法律、行政法规定的其他用地。然而，城镇土地使用税的免税范围为：①国家机关、人民团体、军队自用的土地；②由国家财政部门拨付事业经费的单位自用的土地；③宗教寺庙、公园、名胜古迹自用的土地；④市政街道、广场、绿化地带等公共用地；⑤直接用于农、牧、渔业的生产用地；⑥经批准开山填海整治的土地和改造的废弃土地，从使用的月份起免缴土地使用税 5－10 年；（7）由财政部另行规定免税的能源、交通、水利设施用地和其他用地。对纳税人缴纳土地使用税确有困难需要定期减免税的，由省、自治区、直辖市税务机关审核后，报国家税务总局批准。可见，目前划拨国有土地使用权几乎全部处于免税范围之内，因而从目前法律规定来看，即使存在着划拨国有土地使用权，也没有对新《土地管理法》实施之后划拨国有土地使用人征收城镇土地使用税的必要。

《城镇土地使用税暂行条例》对于开发区范围使用土地的外国企业和中外合资经营企业，亦未征收土地使用税。依据 1992 年 8 月 20 日，国家土地管理局“对关于国内受让土地者是否缴纳土地使用税的请示的复函”规定，出让金和土地使用税是本着有偿使用土地的原则，对通过出让方式和划拨方式取得土地使用权的土地使用者，分别采取的措施，根据《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》的规定精神，通过出让方式取得土地使用权的土地使用者（包括国内受让土地者），不应缴纳土地使用税。这样，城镇土地使用税是否还有存在的价值就是一个问题。

城镇土地使用税的征收是为了限制划拨国有土地使用者多占、多征、多用土地，造成土地资源浪费和土地使用效率低下的弊病，同时，由于城市发展、企业所处地理位置、交通情况不同，会在城市土地之间产生级差收入，开征城镇土地使用税，可以将这部分级差收入收归国有，为企业造就平等竞争的环境，

① 社科院财贸经济研究所，《中国城市土地使用与管理》（总报告），经济科学出版社，1992 年 12 月初版，第 123 页。

② 刘志诚，《社会主义税收管理若干问题》，中国财政经济出版社，1992 年 1 月初版，第 328 页。

促使国有企业合理利用土地。目前，我国还存在着数量庞大的国有企业，在城市还有存量划拨国有土地使用权，在存量划拨国有土地使用权未自由流转之前，依然要对这部分国有企业享有的划拨国有土地使用权征收城镇土地使用税，这部分存量划拨国有土地使用权并未包括在免税范围之内。因而，笔者认为，目前城镇土地使用税的征收对象是城市、县城、建制镇、工矿区范围内的存量划拨国有土地使用权（主要是国有企业所享有的划拨国有土地使用权），而有偿出让的国有土地使用权只缴纳土地使用费，不缴纳城镇土地使用税。

第六章　集体土地所有权论

第一节　集体土地所有权的形成

1946年5月4日中共中央颁布的《关于清算减租及土地问题的指示》（简称《五四指示》）和1947年10月10日公布的《中国土地法大纲》推动了一场由减租减息运动向没收地主土地，建立农民土地私有制过渡的运动，从而实现一场土地所有权的大变革。

《五四指示》中解决土地问题的方式主要有：（甲）没收、分配大汉奸土地；（乙）减租之后地主自愿出卖土地，而佃农则以优先权买得此种土地；（丙）由于在减租后保障了农民的佃权，有的地主自愿给农民七成或八成土地，求得抽回二成或三成土地自耕；（丁）在清算租息、清算霸占、清算负担及其他无理剥削中，地主出卖土地给农民来清偿负欠。农民用以上各种方式取得土地，且大多数取得地主书写的土地契约，基本不侵犯中农和富农的利益。

随着新民主主义革命的发展，形势要求进行更大范围更普遍的土地权利改革。1947年9月13日，全国土地会议正式提出了废除封建性及半封建性剥削的土地制度，实行耕者有其田的土地制度的纲领性文件——《中国土地法大纲》。《中国土地法大纲》规定：废除一切地主的土地所有权，废除一切祠堂、庙宇、寺院、学校、机关及团体的土地所有权，废除一切乡村中在土地制度改革以前的债务，乡村中一切地主的土地及公地，由乡村农会接收，连同乡村中其他一切土地，按乡村全部人口，不分男女老幼，统一平均分配，在土地数量上抽多补少，质量上抽肥补瘦，使全乡村人民均获得同等的土地，并归各人所有，分配给人民的土地，由政府发给土地所有证，并承认其自由经营、买卖及在特定条件下出租的权利。在平分土地时应注意中农的意见，如果中农不同意则应向中农让步，并容许中农保有比较一般贫农所得土地的平均水平为高的土地量。

新中国成立后，1950年6月28日中央人民政府委员会第八次会议通过了《中华人民共和国土地改革法》，其宗旨是废除地主阶级封建剥削的土地所有制，实行农民的土地所有制，借以解放农村生产力，发展农业生产，为新中国的工业化开辟道路。采取的方法是土地没收和征收两种方式，没收地主的土地、耕畜、农具、多余的粮食及其在农村中多余的房屋（第2条）；征收祠堂、庙宇、寺院、教堂、学校和团体在农村中的土地及其他公地（第6条）；保护富农所有自耕和雇人耕种的土地及其他财产、保护中农（包括富裕中农在内）的土地及其他财产，不得侵犯（第6、7条）；所有没收和征收得来的土地和其他生产资

料，除收归国家所有的以外，均由乡农民协会接收，统一地公平合理地分配给无地少地及缺乏其他生产资料的贫苦农民所有（第10条）。

从1950年到1952年土地改革运动在全国范围内基本完成。在三年之内全国有3亿农业人口的地区完成了土地改革。除新疆、西藏等少数民族地区及尚未解放的台湾之外，只有3000万农业人口的地区尚未完成土地改革，这些地区也在1952年至1953年春耕之前完成了土地改革。土地改革中获得经济利益的农民约占农业人口的60%－70%，全国得到土地的农民约3亿人，约有7亿亩土地分给农民，1951年全国粮食生产量较1949年增加了28%，1952年较1949年增长了40%左右，棉花增长了193.4%[①]，农村土地制度的改革解放了生产力，促进了农业生产的迅速提高。

土地改革后的农村经历了短暂的经济恢复时期后，进入了自给自足的小农经济社会，由于家庭生产规模狭小，生产资料简单化，扩大再生产能力低，抵御自然灾害的能力低，因此，农业生产后劲不足，农产品产量低，农产品剩余量小，这些自然经济所固有的缺陷逐渐显露出来，同时，农村私有土地兼并和土地租佃现象出现，是对于我国反封建主义革命目标的严重挑战。据1952年山西省忻县地委对143个村的调查，1949年以后，有8253户农民出卖土地39912亩，出卖房屋5162间，出卖土地房屋的总户数的19.5%，导致一部分农民的成分下降了。据静乐县五区19个村的统计，5758户中有880户农民卖地，其中167户老中农因出卖土地下降为贫农，471户新中农恢复了贫农的地位，两项占卖地户数的72.5%，占农村总户数的11.05%。这些下降户当中约有6%－10%变成了赤贫户。赤贫户一般有三种方法谋生：①充当雇工；②充当佃农或开荒生活；③进城当工人，[②] 据1954年对23省15432户土地租佃关系的调查，租入土地的户数中，贫雇农为5.0%，中农为4.6%，租出土地的户数中，富农达6.4%，据1953年东北三省对几个典型村的调查，新富农占所调查的2054户农户的0.78%，在有的乡村，新富户比例达4.6%。这些都表明农村内部已出现了贫富不均的现象，土地买卖、土地租佃现象增多，是与新中国进行土地革命的初衷相违背的。此外新中国已开始的社会主义工业化进程，将重工业放在首位，在苏联的帮助下开始了大规模的工业化，工业化使得原本脆弱的小农经济无力负担工业化所需要的农产品产量的增长，为此，有必要对农业进行社会主义改造。

在兴办农业生产合作社之前，全国各地已有众多的互助合作组织，这种互助合作组织是中国农民在长期劳动生产过程中摸索出来的。据统计，互助组在

---

① 廖鲁言，《三年来土地改革运动的伟大胜利》，载《中央党史参考资料》，第7卷，人民出版社，1980年1月初版。

② 苏星，《我们农业的社会主义改造》，人民出版社，1980年版，第134页。

1950年为272.4万个，1951年为467.5万个，1952年为802.6万个，1953年为745万个，1954年增至993.1万个。1952年常年互助组175.6万个，临时互助组627万个，1953年常年互助组181.6万个，临时互助组563.4万个，1954年常年互助组380.1万个，临时互助组613万个。参加互助组的农户，1950年为1131.3万户，1951年为2100万户，1952年为4536.4万户，1953年为4563.7万户，1954年为6847.8万户。每组平均户数也呈逐年增加趋势，互助组规模扩大，1950年为4.2户，1951年为4.5户，1952年为5.7户，1953年为6.1户，1954年为6.9户①。互助组这种农业生产组织形式是符合传统农业生产特点的，在生产资料，如土地、耕畜等私人所有的前提下，在农忙季节，实行劳动力之间的互助，"换工"、"调工"、"对工"、"伴工"；人力和畜力之间的互助，如无耕畜户借用耕畜，还以人力劳动；畜力使用工的互助，如"合牛具"、"合耕"，几户共同耕作，如"并耕"、"伙种"、"搭套"②。这样可以有效地提高劳动生产率，及时地播种和收割，在自愿互利基础上将有限的生产力联合起来，可以说是任何国家和地区原始农业生产都会出现的现象，例如英国中古时代的犁队，因使用重犁，而需要6至8头牛拉动，因而不是任何一家农户所能负担的，就需要组成犁队共同耕作，从而导致了英国及西欧各地普遍采纳的"敞田制"或"条田制"。此外，互助组可以有简单的生产计划，有简单的劳动技术和生产副业、小量的农具与公用耕畜，甚至积累下小量的公有财产，这都是理所当然会产生的，因此，可以说互助组是在农业生产中的简单的"合伙"，当然并不是那么规范。

我国农业集体化的进程历经初级合作组到高级合作组两个阶段。初级合作组是农民们在自愿互利基础上组织起来的半社会主义的集体经济组织，农民将土地和其他生产资料交由合作社统一使用，集体劳动，按劳分配。根据1955年11月9日全国人大常委会第二十四次会议通过的《农业生产合作社示范章程草案》，初级农业生产合作社的特点有：①农业生产合作社是劳动农民的集体经济组织，是按照自愿和互利的原则组织起来的；②农业生产合作社统一地使用社员的土地、耕畜、农具等主要生产资料，并且逐步地把这些生产资料公有化；③农业生产合作社组织社员共同劳动，统一分配社员的共同劳动的成果；④采用劝说的方法，并且作出榜样，使没有入社的农民认识到入社只有好处，不会吃亏，因而自愿地入社；⑤对于社员交来统一使用的土地和别的生产资料，在一定的期间还保留社员的所有权，并且给社员适当的报酬；⑥社员所有的生活资料和小块园地，零星树木、家禽、家畜、小农具、经营家庭副业所需要的工具，都不实行公有化；⑦农业生产合作社的生产要有计划，并要适应国家的生

① 王琢、许滨，《中国农村土地产权制度论》，经济管理出版社，1996年1月初版，第45页。
② 同①，第46页。

产计划和收购计划；⑧农业生产合作社对于社员的劳动的报酬实行“按劳计酬，多劳多得”的原则。⑨社员有退社的自由，一般应在年度完结以后退社，可以带走私人所有的生产资料，可以抽回他所交纳的股份基金和投资；⑩社员的土地由农业生产合作社统一使用，合作社按照社员入社土地的数量和质量，从每年的收入中支付适当的土地报酬，土地报酬一般应该由合作社议定固定的数量；⑪土地及主要生产资料（如耕畜、大型农具、运输工具等），应由合作社员先统一使用，并给本主以适当的报酬，并分期分批地公有化。

根据以上初级合作社的特点，我们可以看到，在农民加入初级合作社后，对于土地及其他主要生产资料依然享有所有权，农业生产合作社要从每年收入中拿出相当一部分用于支付农民的土地报酬和耕畜、农具等的使用费，在对合作社的组织管理上，尚采取民主协商的方式，有社员大会和合作社管理委员会之分，社员享有充分的民主管理的权利。社员还享有退社自由，这是初级合作社较为重要的特点，由此导致了林毅夫先生所说的重复博奕（repeated game），农民退社的自由，使得农民有机会选择社内、社外两种地位，来衡量优劣。如果他发现成为合作社的成员境况会更好，他将保留其成员资格，如果成为合作社成员对他个人不利，则他将退出合作社，从而在重复博奕之中促使合作社努力提高效率，使每一个农民都对另一个农民的懈怠行为加以自觉的严格监督。[①] 在公有化进程中，初级合作社部分地采用集体优先使用的办法，部分地采用支付一定的补偿费用的办法，促使生产资料缓慢地公有化。初级合作社还没有消灭农民生产资料私人所有权，但采取了分期分批购买的方法逐渐形成合作社的生产资料所有权，当合作社最终享有对土地、耕畜等的所有权时，公有制也就相应建立起来了。

自1955年秋开始，中国进入了农村合作化运动的高涨阶段，高级合作社是完全社会主义性质的，入社社员的土地和合作社所需要的其他生产资料全部公有化。根据1956年6月30日第一届全国人民代表大会第三次会议通过发《高级农业生产合作社示范章程》，高级合作社这种组织形式的特点主要有：①高级农业生产合作社是在自愿和互利的基础上组织起来的社会主义的集体经济组织；②把社员私有的主要生产资料转为合作社集体所有，组织集体劳动，实行“各尽所能，按劳取酬”，同工同酬；③年满16岁的男女劳动农民和能够参加社内劳动的其他劳动者，都可以入社做社员，本人自愿申请，由社员大会或社员代表大会通过；④社员有劳动权、取得报酬权、建议批评权、监督权和被选举权、经营家庭副业权、享受公共事业利益；⑤社员有退社自由，可以带走入社时的土地或者同等数量和质量的土地，可以抽回所交纳的股份基金和投资；⑥农民

① 林毅夫，《集体化与中国1959－1961年的农业危机》，载《制度、技术与中国农业发展》，三联书店，1994年11月初版，第17－43页。

的私有土地、耕畜、大型农具等主要生产资料转为合作社集体所有，取消土地报酬；⑦社员私有的生活资料和零星的树木、家禽、家畜、小农具、经营家庭副业所需要的工具，仍属社员私有，社员私有的塘、井等水利建设，藕塘、鱼塘、苇塘等均转为合作社集体所有；⑧私有耕畜、大型农具和社员经营家庭副业所有不需要而为合作社所需要的副业工具转为合作社集体所有，按照当地的正常的价格议定价款的数目，分期三年到五年付清；⑨农业生产合作社为了筹集生产费和收买社员私有的生产资料，可以按照生产的需要和社员的负担能力，向社员征集股份集金，股份基金由全社的劳动力分摊。

在高级合作社中，土地无偿地转归集体所有，从而使得土地公有制得以成立，土地公有制的产生更为直接更为迅速，集体所有权从此产生。从高级农业生产合作社的所有权与使用权关系上，可以看到，集体土地所有权的产生使合作社有了自己的生产资料、自己的财产，是“公有制的”和“完全社会主义性质的”。

我国集体土地所有权自初级社会阶段开始形成，在高级社阶段最终形成，这是一个私有土地收归公有的过程，是一个创建集体土地公有的过程，由此而形成的“集体”就成为我国土地制度上一个极为特殊的主体。在人民公社时期，人民公社是政社合一的组织，是我国社会主义政权在农村中的基层单位，是在高级农业合作社的基础上联合组成的，是社会主义集体经济组织，实行各尽所能，按劳分配，多劳多得，不劳动者不得食的原则。农村人民公社分为公社、生产大队和生产队三级，采取以生产队所有制为基础的三级所有制。公社在经济上，是各生产大队的联合组织，生产大队是基本核算单位，生产队是直接组织社员的生产和生活的单位。此后，劳动群众集体所有制在 1982 年《宪法》中体现为第 8 条规定：农村人民公社、农业生产合作社和其他生产、供销、信用消费等各种形式的合作经济，是社会主义劳动群众集体所有制经济，参加农村集体经济组织的劳动者，有权在法律规定的范围内经营自留山、自留地、家庭副业和饲养自留畜。城镇中的手工业、工业、建筑业、商业、服务业等行业的各种形式的合作经济，都是社会主义劳动群众集体所有制经济。第 9 条规定，集体享有由法律规定属于集体所有的森林、山岭、草原、荒地、滩涂等。第 10 条规定，农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。此外，依据我国《宪法》，在《民法通则》、《土地管理法》等相关法律法规中也就集体所有制作出了规定，《民法通则》第 74 条就规定：劳动群众集体组织的财产属于劳动群众集体所有，包括：（一）法律规定为集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等；（二）集体经济组织的财产；（三）集体所有的建筑物、水库、农田水利设施和教育、科学、文化、卫生、体育等设施；（四）集体所有的其他财产。集体所有的土地依照法律属于村农民集体所有，由村农业生产合作社等农业集体

经济组织或者村民委员会经营、管理。已经属于乡（镇）农民集体经济组织所有的，可以属于乡（镇）农民集体所有。集体所有的财产受法律保护，禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、私分、破坏或非法查封、扣押、冻结、没收。在《土地管理法》中对集体所有土地的所有、使用更作了具体的规定。

第二节　集体所有土地范围研究

我国目前集体所有土地的范围，是通过“四固定”政策而确定的，在农业生产中，逐步划小基本核算单位而形成了社区性农民集体所有土地，明确了“集体”所有的界线。为了消除人民公社建设过程中“一平二调”和“共产风”，中央采取“四固定”的政策，以确定人民公社内部的所有权与使用权关系；“四固定”政策确定了至今尚存的集体经济组织的所有财产的基本情况。最早出现“四固定”的是中共中央政治局 1959 年 4 月发布的《关于人民公社的十八个问题》，该文件认为公社的三级所有制中，基本上是生产队所有制，这种情况不能很快改变，由生产队所有制过渡到基本上生产大队所有制再到基本上公社所有制，要分为两步走。在实现了公社所有制以后，依然要保持生产队的部分所有制。在有的地区，以生产队为基本核算单位的，生产小队就是生产队下面的包产单位，生产小队应有部分的所有制和一定的管理权限，生产小队对于土地、耕畜、农具和劳动力有固定的使用权，不能轻易调动，生产小队还有对于劳动收入剩余的所有权。在 1961 年 3 月的《农村人民公社工作条例》（草案）中，规定在生产大队范围内，除了生产队所有的和社员所有的生产资料以外，一切土地、耕畜、农具等生产资料，都属于生产大队所有。生产大队必须把劳动力、土地、耕畜和农具固定给生产队使用，并且登记造册，不再变动。如果在特殊情况下，还需调用的时候，一定要不妨碍生产队包产任务的完成，经过协商同意，严格遵守互利的原则。凡是宜于生产队经营的荒地、山林、经济林木、水面等资源，都应该固定包给生产队经营，使这一些资源得到充分的利用和保护。在 1961 年 6 月的《农村人民公社工作条例》（修正草案）中，又将公社、生产大队和生产队之间的财产关系加以明确化，生产大队是基本核算单位，全大队范围内的土地，都归生产大队所有，固定给生产队使用。生产大队对于全大队范围内的劳动力，除了公社和大队按规定调用的以外，都必须固定在生产队，不许随意抽调。集体所有的耕畜、农具，可以归大队所有，固定给生产队使用，也可以归生产所有，也可以有些归生产大队所有，有些归生产队所有，究竟实行哪种办法，由生产大队、生产队同群众民主讨论决定。固定给生产队的土地、劳动力、耕畜和农具，如果在特殊情况下，必须调用或者在生产队之间组织协作的时候，一定要不妨碍生产队生产计划的完成，经过协商同意，实行变工换工，严格遵守互利等价的原则。原来高级农业生产合作社所有的山林和生产大

队新植的林木，一般都归生产大队所有。国有山林和公社所有的山林，如果国家和公社不便于经营，也可以划给大队所有。大队可以把小片的零星的山林和路旁、村旁的林木分别划给生产队和社员所有。1962 年 2 月 13 日中共中央“关于改变农村人民公社基本核算单位问题的指示”又将上述两个草案中的生产大队为基本核算单位的规定修改为以生产队为基本核算单位，并重新规定了公社内部的财产关系，对于我国集体所有制作了较大的调整。在 1962 年 2 月 13 日《指示》中指出，以生产队为基本核算单位，更适合于当前我国农村的生产力水平，更适合于当前农民的觉悟程度，更适合于基层干部的管理才能。原来“四固定”的土地，如果是合理的或者大体上是合理的，可以基本不动，个别调整。有些地方的土地，由于各种原因，几年来变动很大，各队之间过于悬殊，群众要求调整的，应当进行调整，但是不打乱重分。土地所有权归谁，可以勘酌情况决定。在有利于改良土壤、培养地力、保持水土和增加水利建设等前提下，可以确定归生产队所有，也可以仍旧归大队所有，固定给生产队长期使用。耕畜、农具，在“四固定”时基本上是合理的就不再变动，可以有小调整。林木问题比较复杂，原来归大队所有的大片集中的林木，可以根据情况，仍归大队所有，或者下放给生产队所有。归大队所有的林木，可以由大队直接经营，也可以包给生产队经营。分散在各生产队土地上的小片林木或者零星林木，一般地应当下放给生产队所有，如果因为分布不均，难于分配的，也可以仍归大队所有，包给生产队经营。水库、塘坝、渠道和其他水利设施可归生产队所有，也可由几个生产队共同组成管理机构管理和维修。在基本核算单位下放后，由生产大队土地所有变成了各生产队的土地所有制，“三级所有，队为基础”的集体所有制模式形成了。这一政策同时也引发了福建、广东、河南、河北、山东等地生产队之间抢地争地的纠纷，[①] 原因是各生产队在原来生产大队土地所有时被平调了土地，使有的生产队吃了亏，原来生产队固定使用的土地存在着肥瘦不均现象。依据 1962 年 9 月 27 日，中共八届中央委员会第十次全体会议通过的《农村人民公社条例修正草案》，可以看到“三级所有，队为基础”的基本内容。人民公社的组织可以是两级，即公社和生产队；也可以是三级，即公社、生产大队和生产队。生产大队的工作主要是做好生产计划，指导、检查和督促生产工作、管理工作和分配工作等，领导兴办和管理全大队范围内或几个生产队共同的水利建设和其他农田基本建设，组织各生产队间的生产协作，经营大队所有的山林和企业等。生产大队的职能已大大减少了，相反，生产队的职能大为增强。生产队作为基本核算单位的制度至少 30 年不变。生产队范围内的土地，都归生产队所有，生产队所有的土地，包括社员的自留地、自留山、宅基地等，一律不准出租和买卖。生产队所有的土地，不经过县级以上人民委员会的审查

① 邓子恢，1962 年《关于农业问题的报告》。

和批准，任何单位和个人都不得占用。生产队集体所有的大牲畜、农具，公社和大队都不能抽调。原来公社、大队所有的农具、小型农业机械、大牲畜，凡是适合于生产队所有和使用的，应该归生产队所有；不适合于一个生产队所有和使用的，可以仍旧归公社或者大队所有；有些也可以归几个生产队共有，联合经营。集体所有的山林、水面和草原，凡是归生产队所有比较有利的，都归生产队所有。土地、牲畜、农具、山林、水面、草原的所有权和经营权，经过社员大会或者社员代表大会讨论同意，定下来以后，长期不变。其他生产资料的所有权和经营权，经过社员大会或者社员代表大会讨论同意，定下来以后，也长期不变。社员只对个人的生活资料、自有农具工具等生产资料、房屋享有使用权，对于土地和主要生产资料没有任何财产权利。至此，我国目前的村级所有的模式已基本形成。以生产队为基本核算单位的做法，在以后的农村改革时期，通过各种立法得到了进一步的明确，1978 年 12 月 22 日的《农村人民公社工作条例》（试行草案）继续稳定实行公社、生产大队和生产队三级所有，以生产队为基本核算单位的制度，公社、生产大队、生产队的规模，一般不发生变动。必须调整时，应经过社员大会或社员代表大会讨论通过，分别报请省、地、县领导机关批准。公社、大队、生产队所有的土地、山林、草场、滩涂、水面，所有的牲畜、农具、农业机械、工业设备、资金、物料和产品，任何单位和个人不得无偿调用或占有。农村土地包括宅基地一律不准出租和买卖。1982 年 12 月 4 日的《宪法》，1984 年 9 月 20 日的《森林法》，1985 年 6 月 18 日的《草原法》，1986 年 4 月 12 日的《渔业法》，1986 年 6 月 25 日通过、1988 年 12 月 29 日修正的《土地管理法》都就集体财产所有与使用关系作了更为明确的规定。

由此可见，我国的集体所有土地范围，是历史遗留下来的特定土地范围。目前，各乡村土地所有的状况，依然要依据 1962 年以后变更基本核算单位而重新确定的队与队之间的土地界限为依据，未划分清楚的地方依然要在乡政府的主持下，由村民大会或村民代表大会民主讨论决定，并报上级政府批准。

第三节　集体土地所有权主体研究

一、合作制、集体所有制与农村集体经济组织

回溯我国农村土地制度的改革过程，我们发现我国走了一条由私人土地所有权到土地公有制的道路，其间通过合作制加以过渡。集体土地所有权主体的确定将有利于我国农地使用权制度的完善，有利于保障集体公共利益。分析农村集体经济组织，（以下简称集体经济组织，在本文中特指社区性集体经济组织而言）的法律性质，可以更清晰地理解我国的集体土地所有权的主体。

自合作经济思想诞生以来，在世界各国产生了各种形式的合作制。在我国通过农村社会主义改造，从初级生产合作社到高级生产合作性、人民公社，最

终形成了生产资料集体所有制，在组织形式上则形成了集体经济组织，这就为理论界提出问题，即我国的集体经济组织是由合作经济思想中生发而来，通过国家政策和强制措施形成了生产资料集体所有制，由此而形成的集体经济组织和集体经济与合作经济有什么异同？应当说，合作经济思想在我国发生了特殊的变形，那么，变化而成的集体经济组织是否依然能够涵括于合作制经济组织之中？

合作制经济组织与集体经济组织的关系。合作经济及其相应的合作制经济组织是在19世纪初叶以来的社会主义思潮中人为创制的一种新型经济组织。合作制度作为一种经济组织形式，是由英国的空想社会主义者欧文于1812年在《致工业贫民救济委员会的报告》中首先提出的。欧文所设想的合作公社很能代表空想社会主义者们的理想，即合作公社是建立在财产公有制基础上的，成员共同劳动，除个人日用品以外的一切财物都是公有财产，全民从事农业劳动，农业劳动与工业劳动相结合，每个合作公社是一个由农、工、商、学结合起来的大家庭，成员们依其年龄和特长，各尽其能，按需分配等。第一次将其“劳动公社”“合作公社”的理想化为现实的也是欧文，1824年，他在印第安那州建立了“新和谐”（New Harmany）共产主义移民区，将生产资料公有、共同劳动、消灭压迫、平等分配等理念第一次应用于实践之中。1828年“新和谐”宣告解散，但其所产生的社会后果却存在下去，合作经济的思想在西欧各国生根发芽，产生了诸多种类的合作制经济组织，如法国毕舍·菲力蒲·约瑟夫·本来明于1934年组成了金匠生产合作组，毕舍倡导的生产合作社的要点是：①社员都是劳动者，不得雇工；雇佣短工，超过一年，应使其转为社员；②劳动报酬按各人技术熟练程度，计日或计时发给；③提取一定比例的公积金，（八成分给社员，二成留作积累），公积金用于扩大生产；④设立合作永久基金，为合作社集体公有，不得分配给个人，通过这个永久基金使合作社成为永久性组织，为未来的劳动者创造光明的前途[①]。英国于1829年就已有300至400个合作社，1844年8月1日成立的罗须代尔公平先锋社（Rochdale Society of Eguitable Pioneers）是较为典型的合作制经济组织，其创制的罗须代尔原则是世界合作运动史上从空想到具体化的一个跃进，对英国及西欧各国的合作化产生了深刻影响。罗须代尔原则大体可归纳为八条：①民主原则，表决权一律平等；②自愿（Open Membership），即参加合作社完全自愿，并有退社自由；③现金交易（Cashing Trade），社员无论在何种情况下，均不得以任何借口不用现金交易，不准赊进或赊出货物，违反者处以罚款，并被认为不称职；④按市价售货，获得可供分配的一定的盈利，盈利的分配先扣除股息和经营费用，同时留一部分用作公积金和教育基金，其余大部分按社员购买额的比例进行分配；⑤如实介绍商品，不缺斤少两；⑥

---

① 杨坚白主编，《合作经济学概论》，中国社会科学出版社，1990年2月初版，第40页。

盈余按购买额分配；⑦重视对社员的教育；⑧对政治和宗教保持中立[①]。1849年德国人雷发巽（Frierich Raiffeisen）创立了农村信用合作社，以小农村为合作区域，建立储金合作社和慈善合作社。1850年德国人海尔曼·舒尔采－德里奇创办了贷款和储蓄合作社，在他的倡导下，以小市民、小手工业者为主体的信用合作社在德国发展起来。1859年组成德国产业和经济合作社联盟，称为许尔志合作社中央，当时，欧洲一些信用合作社的作法和思想均受德国的影响，日本的信用合作社也是在德国影响下组织起来的[②]。1848年，法国已建立了360个合作社，其中农业合作社170个，手工业合作社175个，捕鱼合作社15个，这些合作社没有健全的章程，不被公认。1864年，法国建立了第一个罗须代尔式合作社"通用供应消费合作社"，1883年，在布卢瓦建立了第一个有健全章程的农业供销合作社的"共同购买工会"[③]。1854年在意大利成立了第一个消费合作社，1856年在萨窝那省成立了第一个生产劳动者合作社，1885年在米兰召开了全国第一次合作社社员代表大会。在美国1816年在康涅狄格州成立了第一家牛奶合作社，1816年在波士顿和费城成立了两家互助储蓄银行，1820年在俄亥俄州成立了牲畜运输合作社，1830年在纽约成立了第一家消费合作社，1831年在费城成立了第一家建筑合作社，1842年在纽约出现了一家互助人事保险公司，至19世纪60年代，在中西部和东北部地区出现了几百个消费合作社，19世纪末，仅农业供销合作社就已超过1000家。[④]

集体经济组织是合作经济在社会主义国家发展过程中特有的现象。在1871年巴黎公社失败后，马克思指出，在法国这样一个农民小土地私有制盛行的国家中，"（无产阶级）将以政府的身份采取措施，直接改善农民的状况，从而把他们吸引到革命方面来；这些措施，一开始就应当促进土地私有制向集体所有制的过渡，让农民自己通过经济的道路来实现这种过渡；但是不能采取得罪农民的措施，例如，宣布废除继承权或废除农民所有权"。[⑤] 这是马克思第一次提出集体所有制的概念，它标志着马克思主义在农民所有权问题上的一大发展。恩格斯在《法德农民问题》一书中对马克思的思想作了补充，"我们对待小农的态度是怎样的呢？在我们夺得国家权利的那一天，我们应该怎样对待他们呢？""首先是把他们的私人生产和私人占有变为合作社的生产和占有，但不是采用暴力，而且通过示范和为此提供社会帮助"。从而提出了利用19世纪初兴起的合作制经济来组织农民向社会主义生产方式过渡的思想，这无疑是对马克思的论断的进一步发展。

---

① 孔祥俊，《中国集体企业制度创新》，中国方正出版社，1996年5月初版，第96～97页。
② 杨坚白主编，《合作经济学概论》，中国社会科学出版社，1990年2月初版，第41页。
③ 秦柳方、陆龙文，《国外各种经济合作社》，社科文献出版社，1989年12月初版，第36页。
④ 同②，第107页。
⑤ 马克思，《巴枯宁<国家制度和无政府状态>一书摘要》，《马恩选集》第2卷，第634－635页。

社会主义的土地制度被列宁集中表达为两点：一是全俄土地的国有化，消灭私有制，对资产阶级和地主阶级进行毫不妥协的斗争；二是农业无产阶级有组织地管理国有化的土地，农民代表苏维埃及其他类似的机构管理土地，并在土地改革中发挥领导作用。在列宁看来，土地属于人民后，农业无产阶级应当在土地上共同劳动、共同耕作，以有组织的方式进行农业生产，才是保障土地革命成果，防止土地私有制再度出现的有效措施；从而在俄国，全部土地国有，农业劳动者分为两类，一类是有自己的耕畜、农具，能够独立进行生产的农民；另一类是实行共耕制，共同使用耕畜、农具，组织起来的贫苦农民。土地平均分配使用，根据各地条件，按劳动定额或消费定额把土地分配给劳动者，自土地成为全民所有之时起，由各地基层自治机关和总自治机关负责主持土地分配事宜，国家鼓励并采用必要的措施，促使农民加入共耕社，进行农业生产。

由此，列宁所要建立的社会主义土地制度，可以概括为两个方面，一是土地的国有化，土地的民主管理；二是土地的共耕制与合作制。关于如何在土地全民所有的前提下进行农业生产，不走私有制的道路，列宁先是认为共耕社是一条正确的道路，其后认为合作制是比共耕制更为妥当的道路，列宁十分强调共耕制的重要性，他认为由小农经济向共耕制过渡是一个长期的过程，是一场涉及到俄国农民生活的大转变，也只能经过长期的努力才能达到，但这必须进行下去。由贫苦劳动农民组成的阵营，应当永远废除土地私有制，农具、耕畜等主要生产资料也要实行公有，变成公共财产，不能再照旧生活下去，当时复杂的阶级斗争和国内战争也要求积极地组织农民进行集体生产，为此要求苏维埃政权进行顽强的坚持不懈的工作，苏维埃政权也已拨出10亿卢布去改进农业，造成向共耕过渡的条件①；用示范的方法去影响富中农，从而实现俄国农业经济中的极其重要的深刻转变。从共耕制向合作制的转变，是列宁晚年的主要思想，在《论合作制》中，他反复强调“在生产资料公有制的条件下，文明的合作社工作者的制度就是社会主义制度”，“在我国，单是合作社的发展就等于社会主义的发展，因此我们不得不承认我们对社会主义整个看法根本改变了”。可见列宁所指的社会主义土地制度，已由土地全民所有、农民共同耕作演变成为土地全民所有，独立生产者之间以合作社形式进行联合，使私人利益、私人买卖的利益与国家对这种利益的检查监督相结合，从而使私人利益服从于共同利益。应当说列宁的“合作制”是在新经济政策时期所采取的符合生产力发展要求的措施，看似从共同劳动、共同耕作上的退步，实则是一种尊重农业生产规律的措施。

实际上早在《农民的土地问题委托书》中，列宁就提出在公有制下使用土

---

① 杨承训、余大章，《论列宁从共耕制到合作制的战略思想转变》，载《中国社会科学》，1984年第2期。

地的方式不应受任何限制，各乡村可决定采用按户、按独立农庄，按村社、按劳动组合等方式使用，只是在国内战争的急迫要求下，才不得不采取共耕制的办法，强迫性地组织农民进行集体生产，而采取合作制，则是恢复了列宁关于公有制下土地使用方式多样化的思想，这一从共耕制到合作制的转变是有其重要进步意义的。在斯大林集体化之前，苏联的合作社实际上是一种商业的形式，将农民联合起来的不是集体劳动，统一分配的共耕组织，而是合作社这种“买卖机关”、“简便易行和容易接受的方法”，使农民“从个人利益出发”参加合作社的流转，同国家利益结合起来；进行文化工作，“要使我国居民文明到能够了解人人参加合作社的一切好处”，使参加合作社的农民和合作社工作者学会“文明商人”的本领；国家对合作社给予财政上的支持，找出充分帮助合作社，培养“文明合作社的合作者的”奖励方式。苏联的合作制是从流通领域将以家庭为基本生产单位的农民组织起来，农民可以参加一个或多个合作社，合作社之间有相互的协作，合作社为农民的生产和销售服务，农民有经营的独立和自主权，当时合作社按业务划分为生产合作社、消费合作社、信贷合作社，生产合作社又可分为各类专业合作社，如亚麻合作社、油脂合作社、肉类合作社、棉花合作社、烟叶合作社、甜菜合作社、蔬菜合作社等。如亚麻合作社，供应社员种子和生产工具，农民根据合同进行生产，然后合作社收购农民的产品，集中起来到市场上销售或供应国家，保证农民享有利润。农民可以根据自己的情况，加入一个或几个合作社。合作社也兴办各种加工厂、良种场、科技指导站、机器租赁站等。1925 年全俄就有近 400 个种子培育协作社，3800 多个土壤改良协作社，2000 多个机器协作社和 1000 多个租赁站，20000 多个农产品加工厂。有些生产环节，农民需要并愿意联合，就组织各种的联合与协作，形式可以是松散的也可以是固定的。当然，当时全俄土地均归国家所有，农民平分土地并享有土地使用权，而合作社的土地，并非如集体化那样的高度公有，而只能说是一种合作社占有制，类似于恩格斯所说的合作社所有制，它并不是严格意义上的公有制，农民依然保存土地的使用权，这种土地使用权依然被视为农民的私产。

在列宁看来，合作社还是一种承认农民个人利益和独立性的销售合作社、供应合作社以及初级的生产合作社，而斯大林所要组建的却是一种大型的社会主义的集体农庄，这是一种对农民中各阶层的全面改造。当时农村中存在着贫、中、富三种农民，尽管土地收归国有，每个农民享有平均的土地使用权，但由于耕畜、农具等主要生产资料的私有，还是在农村中出现了贫富分化。集体农庄就是以国家向集体农庄进行倾斜式投资，给予集体农庄各种优先权，采取机器化和电气化，使集体农庄的产量迅猛增长，吸引中农，组建成一种有力量的社会主义农业生产形式。据统计数据表示，在农业机器化（如农具租借站、拖拉机队、农业机器站的建立）的刺激下，孤立的中农自耕农无法提高生产量，

从而于1929年下半年纷纷加入合作社，集体农庄在随后的几年中发展十分迅速。

	1929	1930	1934	1937
按农户数	3.9%	23.6%	71.4%	93.0%
播种面积	4.9%	33.6%	87.4%	99.1%①

苏维埃政权的第一批集体农庄产生于政府成立的几个月之内，它们的组织者大部分是雇农和贫农，在很多场合下还有城市工人参加，其特点是：①全部生产资料、大部分消费资料都实行公有化；②经营成果按照消费定额进行分配。1928年12月15日第四届苏联中央执行委员会第四次常委会批准的“土地使用和土地管理的一般原则”，对于集体农庄的发展及实行全盘集体化做了准备。“土地使用和土地管理的一般原则”指出，集体农庄有取得土地以供经营使用的优先权。在征收统一农业税和发放贷款时，对集体农庄给予照顾；它们从国家手中取得的副业企业，归它们无偿地使用，集体农庄的土地整理由国家担负费用，并且可以不按顺序提前进行；集体农庄可以得到位置最为适宜的地段，以及其他优待。利益和政策开始向集体农庄倾斜，1930年3月1日苏联中央执行委员会和人民委员会的决议批准的全盘集体化时期的第一个“农业劳动组合示范章程”规定，加入劳动组合的农民应把自己使用的土地交给集体农庄，组成集体农庄统一的大片土地，劳动组合的统一大片土地在任何情况下都不能减少，禁止将组合的土地分给退出劳动组合的人，宅旁园地归庄员个人使用，成员的住宅不实行公有化。这样就促成了集体所有制的形成，其后在集体农庄的发展中对集体所有制有了若干补充和完善。依据苏联学者的观点，集体农庄所有制被称为集团所有制，在农业中，一切公共企业以及役畜、农具、产品和公共建筑物不是为全民所有，而是为集团所有。集体农庄财产和国家财产一样，也是社会主义财产，但它不归全民所有，而归各个集体农庄所有。② 由于苏联土地均属于国家所有，因此，集体农庄的土地是一种无代价和无期限的永久使用权，而并非所有权，集体农庄的土地绝大部分是国家拨给它的，一部分是个体农民组织农业劳动组合时，把以前归他们使用的土地联合起来，与集体农庄的土地连成大片土地。③

斯大林的集体农庄制度在社会主义国家阵营中得到了普遍的推广，集体农庄制度无疑是消灭私有制，消灭农村中的贫富分化，促进农业生产迅猛增加，

① 杨承训、余大章，《论列宁从共耕制到合作制的战略思想转变》，载《中国社会科学》，1984年第2期。

② （苏）Н·Д·卡赞采夫、И·В·巴甫洛夫等，《集体农庄法》，李光谟、康宝田译，中国人民大学出版社，1957年版，第213页。

③ 同②，第220页。

在短时间内，壮大国家实力的最好的措施，一时间集体农庄制度被作为社会主义的特色和优越性而在全世界得到肯定和赞扬。罗马尼亚、阿尔巴尼亚和中国采取了土地集体公有化的方式，例如罗马尼亚1953年5月27日通过的《集体农庄示范章程》规定集体农庄是建立在生产资料公有、集体劳动以及全部占有所获得的产品的基础之上的，庄员加入集体农庄时应将全部土地交给集体农庄，铲平用以划分农民土地的地界，将土地合并成一大块或数大块（第4条），庄员加入集体农庄，应将全部土地、耕畜、主要农具、种子、饲料等全部交给集体农庄，作为公有财产（第7条）。保加利亚、波兰、民主德国、捷克斯洛伐克、匈牙利等东欧国家的做法却有所不同，他们的农业生产合作社都将土地、社员合并起来，铲平地界统一地块，进行土地共同耕作，但依然保留庄员的土地所有权，并进行地籍登记，例如，保加利亚1950年4月8日《农业生产合作社示范章程》规定，农业生产合作社是在属于社员所有而交给农业生产合作社共同使用的土地和国家拨给农业生产合作永久使用的土地上组织起来的。以前用来划分各个农户土地的全部地界，一概取消，而连成大片的合作土地，由农业生产合作社统一耕种。农业生产合作社社员交给农业生产合作社共同使用的土地，仍保留其原有的产权。农业生产合作社社员有权将其土地出售给农业生产合作社或其他社员。南斯拉夫则采用社员交出土地和主要生产资料时与合作社订立合同或协议的形式，合作社只能依协议内容使用社员的土地。①

我国农村经济组织形式源于合作制，而最终演变为集体经济组织，对于合作制与集体所有制的关系，学界大体有两种主要观点，一种观点认为合作经济就是集体经济，是同一事物的两个名称，另一种观点认为两者有区别，或认为合作经济包含集体经济，或认为二者有较大区别，难以相互涵盖。采第一种观点的学者认为，合作经济就是集体经济，这是历史上形成的概念，合作经济与集体经济不过是同一事物的两个名称，即从组织形式上、经营方式上说，叫做合作经济，从所有制上来说，叫做集体经济。② 采用第二种观点的学者相对较多，有学者认为合作所有制不是一种单一的所有制，它是一种不完全的生产资料私有制和不完全的公有制相结合而形成的混合所有制，合作所有制与集体所有制的区别主要是：①所有制不同，集体所有制是部分劳动群众共同占有生产资料的一种单一的社会主义公有制；合作所有制则不是一种完全的集体所有制；②合作所有制的所有权与使用权的可分离程度更大，形式更多样，从而能适应各种不同程度的生产力发展水平的要求；③目的不同，合作化的直接目标并不在于消灭个体农民私有制，否定个人财产私有权；而集体化的直接目标则在于消灭私有制，取消劳动者生产资料私有权。有人认为，合作经济是劳动者约定

① 李仁峰等主编，《苏联东欧各国农业合作组织章程条例汇编》，经济科学出版社，1984年版。
② 杨坚白主编，《合作经济学概论》，中国社会科学出版社，1990年2月初版，第14－15页。

共营制经济，合作占有的含义，就是劳动者约定共营制意义上的占有形式。它可以是比较纯粹的集体所有制经济，也可以是生产资料的集体所有权与分散使用权的有机结合，也可以是私人所有权、集体使用权与积累财产的公共所有权的复合结构，① 也就是合作经济包括着集体经济。有人则认为合作经济与集体经济是从不同角度对社会经济组织提出的不同规范，两者的内涵和外延都是不同的，合作经济指的是一种经济组织的形式，它本身并不反映特定的所有制关系，而集体经济是就一种经济组织的所有权关系，即所有制而言的，一般特指集体所有制经济，它是与全民所有制经济、个体私营所有制经济对等的概念，并不反映特定的组织形式。②

从对于集体所有制与合作制的历史考察中，我们可以看到，社会主义国家在改造农民小私有制之时，借鉴了合作制的组织形式，最终目的是形成集体所有制这一公有制形式，并最终在组织形式上演化为集体经济组织。合作制经济组织作为人类创制的一种经济组织形式，其法律特点是：①社员入退社自由，凭社员个人意愿，不受任何强制和干涉；②民主管理，采一人一票制，无论社员持股多少，均具有平等管理权；③盈余分配上由社员大会通过的合作社章程规定，社员有权选择按劳分配、按交易额比例分配、按股分配或不进行盈余分配；④设立公积金、公益金、专门基金，以用于合作社公共目的或改建公共设施；⑤对社员不以营利为目的，设立目的上具有服务性。那么，集体经济组织作为生产型合作制经济组织——农业生产合作社历史发展的产物，是否已在性质上发生了质变？它是否依然属于合作制经济组织范畴？集体经济组织是否超出了合作制经济组织的范畴呢？

集体经济组织与合作制经济组织的最主要区别就在于集体经济组织的财产已完全转化为公有，无论社员退社与否，集体所有财产均不受影响，而在合作制经济组织中，社员退社后，应退还其出资财产。依据国际合作联盟第二十三届大会所定合作原则，“合作社业务经营所产生的经济后果属于该合作社社员，应当避免一社员占有其他社员利益的方式进行分配：（a）供合作社发展业务之用；（b）供合作社举办公益事业之用；（c）根据社员与合作社的交易额比例在社员之间进行分配”③。应当看到，合作制经济组织的生产积累具有公有化倾向。在合作社发展过程中，通过公积金或公共设施的多种形式，必然形成合作制经济组织中的公有财产，这部分财产为社员所公有，通过民主管理原则对这部分财产进行管理和支配。在合作社的初级阶段，应当允许社员既可以财产的所有权出资，直接形成合作社的集体财产，也可以财产的使用权出资，使社员仍保

① 韩元钦，《合作经济是劳动者约定共营制经济》，载《经济研究》，1987年第1期。
② 范小建等，《合作理论·合作运动·合作政策》，载《农村经济文摘》，1991年第7期。
③ 孔祥俊，《中国集体企业制度创新》，中国方正出版社，1996年5月出版，第122页。

留对出资财产的个人所有权。合作社全体社员共同劳动所创造的资产，除社员按劳分配或其他方式取得的收益外，均应归合作社全体社员集体所有，随着合作社经营活动的展开，合作社的经营逐步增加，从积累中提取的归全体社员集体所有的公共财产也相应增加。当合作社的公共财产增加到足以将社员入股的全部财产偿还时，合作社财产的所有权关系就发生根本变化，社员创造的全部财产即转变为合作社所有，这时，合作社便进入其高级阶段。[①] 与正常的合作制经济组织中公有财产形成过程不同的是，在社会主义国家，是通过强制性措施而促使农民社员投资的土地及主要生产资料公有化，从而进入合作制经济组织的“高级阶段”，形成了集体经济组织，在所有制上人为地强制性地创造了集体所有制。从历史发展至今的结果上看，集体经济组织是在合作制经济组织的“普通型”基础上的变形，是在社会主义国家通过公有化措施而形成的历史性结果，是在合作制经济组织的财产所有问题上进行社会主义公有化后，形成的具有独特历史和社会背景的一种经济组织。它也是对合作制经济组织在社会主义国家的改革中特有的演化，在财产所有问题上的公有化促使合作制经济组织演变为集体经济组织。

在合作制经济组织转变为集体经济组织之后，会促进其合作制原则发生相应改变，而这种改变是一般意义上的合作制经济组织所不具备的：对公有财产依然采取民主管理的方法，但如何提高公有财产的利用效率则可采取多种形式；社员退社及死亡，并不能抽回公有财产中的个人财产；农民达到一定年龄则自动取得社员资格，参与公有财产的管理；对公有财产的利用形式不同，导致分配形式改变，由“共同劳动、平均分配”变为“承包经营并兼顾国家、集体、个人三者利益，保障社员的劳动收益权利”；对公有财产，社员可以享有平等的权利加以分配使用，如对集体所有的各种公共设施、文娱设施、水利设施等依然需要集体所有，社员公用。可见，当对于合作制组织中的财产所有问题采取措施使之公有化后，一般意义上的合作制经济组织就成为财产集体所有制的合作制经济组织，即集体经济组织，其依然属于合作制经济组织范畴，是劳动群众合作生产，财产公有而形成的一种经济组织形式，是合作制经济组织在社会主义国家的特有发展形式，是一般意义的合作制经济组织的更高一级的发展形式。其合作原则在保持了民主管理原则、自愿原则、公共积累、教育原则的基础上又有所发展、变化。社会主义国家有必要认可这种符合社会主义所有制要求，符合现实生产力发展水平，符合劳动群众管理水平的合作制经济组织，并用相应的法律规定加以明确规范。有学者指出：“合作经济的外延大于集体所有制的外延，它既包括社会主义条件下的，通过劳动者自愿联合建立并在发展中排除了私有因素的集体所有制，也包括资本主义社会中建立在私有制基础上的

① 马俊驹，《论合作社与集体所有权》，载《吉林大学学报》，1993年第5期。

合作经济，前者因其所有制性质已经根本改变了，故称为新型的合作经济。"①集体经济组织作为社会主义国家历史形成的新型合作制经济组织，它并未超越合作制经济组织的基本特征，由于商品经济关系非常复杂，因此建立在商品经济基础上的合作制的概念，必须有较大的弹性。如果还用"共同占有"、"积累公有"等框框理解合作制，就难免落入俗套，也会束缚合作经济的发展。对于现实农村合作经济的认识，不应囿于特定的框框，要把原则性与灵活性、多样性有机地统一起来，② 因而，集体经济组织应当作为合作制经济组织的一种形式而存在并得到法律的规定。

二、集体经济组织的法律性质

集体经济组织作为更高一级发展阶段上的合作制经济组织，其对土地及其他主要生产资料的所有权与我国宪法所规定的"劳动群众集体所有"之间是否存在矛盾？"劳动群众集体所有"的提法是对于集体所有制的表述，所有制与所有权有着紧密的联系，前者作为政治经济学的术语，它表明了不同社会，不同社会发展阶段上人们对于生产资料的占有、使用、分配方式。从物质利益关系和生产关系来看，人类社会可以分为两大类所有制形态，一种是私有制，一种是公有制。所有制与作为法律范畴的所有权的关系，正如有学者所指出的："所有制作为一个经济范畴，是社会物质关系，它决定着所有权的内容。一定社会的所有权性质乃是由该社会占统治地位的所有制性质决定的。同时，所有权也适应着所有制的需要而发展变化，所有制性质的变化，必然要对所有权制度产生直接的影响。随着新的所有制关系在社会安定中占据统治地位，所有权制度或迟或早地将发生相应的变革。但是所有权制度并不是消极地反映所有制关系，所有权制度一经形成以后，它就能反作用于所有制关系，促进它的巩固和发展。"③ 有什么样的所有制，就要求有什么样的所有权与之相适应，反之，配置和运作良好的所有权关系又能够促进所有制的完善和发展。劳动群众集体所有是一种集体所有制的表述，同时也是所有权的表述。从我国《民法通则》、《土地管理法》中的"村农民集体所有"的提法，可以看出，立法者的本意在于承认并创建一种村农民集体对于土地的所有权的形式，这种特殊形式恰恰是集体所有制所要求的，但并未解决如何从法律意义上的所有权法律制度上体现集体所有制的问题。劳动群众集体所有，亦可解释为劳动群众全体对于土地及其他主要生产资料享有所有权，但此种全体不可能是全体社员的共有，集体所有制必然要在法律上通过某种所有权形式表现出来，这种所有权绝不能属于自然人

---

① 唐德瑄，《论合作经济与集体所有制的基本问题》，载《政法论坛》，1990年第4期。

② 《农村合作经济》课题组，《对农村合作经济的动向和趋势的认识》，载《农业经济问题》，1985年第8期。

③ 王利明，《国家所有权研究》，中国人民大学出版社，1991年4月初版，第34页。

所有权范畴，而必然要表现为某种法人所有权，即它只能通过某种组织形式来对财产进行管理支配，行使所有权。这种组织形式正是集体经济组织，是农民社员全体透过集体经济组织的民主管理制度对土地等生产资料享有所有权。

集体经济组织是我国相当长的历史时期存在过的一种组织形式，其前身是农业生产合作社，在农村进行家庭联产承包责任制以后，在村一级又设立了基层群众性自治组织——村民委员会，法律又复欠缺对村集体经济组织规定，使得村集体经济组织处于日益涣散，多样化发展的状态之下。1987 年 6 月 8 日，中央书记处农村政策研究室《关于稳定和完善土地承包制的意见》指出："乡、村合作经济组织是原人民公社经过改革而形成的。它们虽然在统分结合程度，组织规模和名称、管理机构设置等方面不尽相同，但都是按居住村落组成，并实行农工商综合经营的，与其他专业合作经济组织相比，具有明显的社区性和综合性。乡、村合作经济组织的最高权力机构是社员大会（或社员代表大会）；其执行机构是社员大会选举产生的管理委员会，村合作组织的管理委员会可以与村民委员会分立，也可以一套班子，两块牌子；乡合作经济组织管理委员会应与乡政府分立。"我国集体经济组织已具有长期发展的历史，是适合于农村经济现实状况的，正如中共中央 1998 年 10 月 14 日《关于农业和农村工作若干重大问题的决定》中指出的，"集体经济组织的作用就是要管理好集体资产，协调好利益关系，组织好生产服务和集体资源开发，壮大经济实力，特别是增强服务功能，解决一家一户难以解决的困难，完善集体经济组织，建立双层经营体制也是今后我国农村建设的方向。"集体经济组织掌握着农村土地及各种主要生产资料的所有权，农民通过集体经济组织的形式共同管理公有财产，并在产前、产中、产后各个环节进行生产合作，这种模式是符合我国现实情况和农民的认识水平的。集体经济组织所有权与"劳动群众集体所有"之间并不存在矛盾，相反，集体所有制是通过集体经济组织的所有权法律制度得到表现的。在法律上表现为集体经济组织的所有权，在所有制上是劳动群众集体所有的公有制，正如有学者所指出的："我们不赞成把社区集体作为农村土地所有权的主体，社区集体是一个由不特定人组成的群体，它可能以此为基础构成某种形式的公有制社会，但不可能形成近现代法律意义上的集体所有权主体。我国农村体制的剧烈变化，带来法律上的暂时空缺和不完善，这种状况不能作为研究和解释法律现象的出发点。集体所有权的特定含义，必定要求有相应的集体组织作为其主体，并由其组织机构代为行使集体所有权。"① 集体土地所有权主体的欠缺，导致农村公有财产管理制度难以走上正轨，常常出现以村民委员会僭越集体经济组织职能的现象，导致村级行政人员的权力相对膨胀。同时，集体土地承包经营权的法律性质难以确定，在土地承包经营中，村民委员会的权力过大，极

① 马俊驹，《论合作社与集体所有权》，载《吉林大学学报》，1993 年第 5 期。

易失去约束。此外，随着农村经济发展，集体经济的壮大，集体对外发生各种经济联系和经济活动，都需要明确集体财产的所有权主体及其内部机制；因而，必须在法律上确定农村劳动群众公有财产的所有权主体。集体经济组织作为现存的农民合作制经济组织，是集体所有的公有财产的所有权主体的比较妥当的选择，确定集体经济组织作为集体公有财产的所有权主体，可以不必另行设定一套集体财产的所有权主体，可以不必造成过多的社会动荡，在集体经济对外从事各种法律行为时，可以集体经济组织的名义进行，从而将集体所有制与法律意义的法人制度相结合，比较自然地将历史形成的集体经济组织过渡到真正意义上的民事主体地位。

农村集体经济组织是否为法人，其属于何种性质的法人？在《民法通则》制定之前，我国学者将法人分为七类，其中享有财产所有权，实行独立经济核算或者独立预算的城乡集体组织是其中的一类，[①] 有学者根据法人组织的创立者和所有制的不同将法人分为国家法人和集体法人两类，集体法人是由公民个人或者集体单位自愿结合组成的集体组织，他们的财产主要来自参加集体组织的成员，由集体组织的机关依章程进行生产经营管理，实行经济核算，农业生产合作社是规模最大的集体经济组织。但是，我国的《民法通则》并未采取如上分类，只分为企业法人和非企业法人两类，依《民法通则》第74条规定，集体所有的土地依照法律属于村农民集体所有，由村农业生产合作社等农业集体经济组织或村民委员会经营、管理，并未赋予农业集体经济组织对土地的所有权，而只是规定村农民集体所有，由农业集体经济组织经营、管理，并未明确农村集体经济组织具有所有权，而将其与村民委员会并列，只有集体经济财产的经营管理权。令人遗憾的是，新《土地管理法》延续了这一规定，其第10条规定："农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会经营、管理，已经分别属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的，由村内各该农村集体经济组织或者村民小组经营管理，已经属于乡（镇）农民集体所有的，由乡（镇）农村集体经济组织经营管理"，这种法律规定，看似符合农民的利益，规定农民享有社区性土地公有，是一种集体所有制，实质上，欠缺土地所有权主体，农村土地欠缺一个法律主体，依此规定，村集体经济组织只对土地享有经营管理权，村集体经济组织与村民委员会的地位难以划分，其性质也没有得到明确规定。

由于集体经济组织是一种更高阶段的合作制经济组织，笔者认为，在我国

---

① 陶希晋，《民法简论》，河北人民出版社，1985年11月初版，第54页。七类法人为：（1）实行独立经济核算的国营企业；（2）有独立预算的国家机关和事业单位；（3）享有财产所有权，实行独立经济核算或者独立预算的城乡集体组织；（4）实行独立经济核算的经济联合组织；（5）有独立经费的社会团体；（6）中外合资企业和经国家特许设立的企业、事业等组织；（7）依照我国法律取得法人资格的外国机构。

法人种类中，应设立“合作制经济组织”作为一种法人类型，上可接西欧早已形成的合作制经济组织，下可适应我国现存的各类合作制经济组织形态，农村集体经济组织应作为其中的一个分类得到规定。合作制经济组织包括的种类是多样的，在我国既有由农业生产合作社演化而成的农村集体经济组织，又有信贷合作社、供销合作社、消费合作社、手工业生产合作社等多种形式，农村集体经济组织不同于其他类型的合作社之处就在于农村集体经济组织所有的财产与社员资格之间不具有任何联系，社员入社即可参与农村集体经济组织的民主管理，享有各种社员权益，但社员退社时并不能带走集体所有财产，此外，农村集体经济组织采取建立土地使用权的方式将公有土地分配于各社员使用，而对集体经济组织所有的其他主要生产资料，如公有的水利设施、大型农业生产工具等，则由集体经济组织的章程加以详细规定。自愿原则、民主原则、公共积累原则、对社员不以营利为目的，依然是农村集体经济组织的主要法律特点，也正是在这些方面可以看到，农村集体经济组织并未超越合作制经济组织范畴。我国农村集体经济组织具有自己的财产，有自己的名称，组织机构和场所，并能够独立承担民事责任，此外，随着农业经济的发展，农村集体经济组织的财产也迅速增加，因此，有必要将其纳入法人范畴加以明确规定。

目前，我国的农村土地集体所有可分如下两个层次：乡（镇）农民集体所有的土地，村农民集体所有的土地。村集体所有又可分为：设立村集体经济组织的村集体所有制和未设立村集体经济组织，仅有村民委员会的村集体所有制（即村民小组、基层村），究竟由哪一层次的村集体经济组织作为集体土地所有权的主体。有学者认为，“确认哪一级集体为土地所有权的主体应遵循以下原则：第一，应使主体成员对主体和土地保持最大程度的认同感；第二，应使土地所有权能够最有效地行使和实现；第三，应最大限度地降低管理和监督成本，尽量减少农民负担。因此，农村土地所有权仍应以生产队为基础，原则上归村民小组范围内的成员集体所有”。[①] 又有学者认为，应由村民小组享有土地所有权，理由是，在农村土地承包经营的体制下，农民与村民小组的联系最为紧密，村民小组是组织农民实现自身经济利益的最基层的组织，现有农村土地的地界划分最彻底最清楚的是村民小组这一级，在经济上村民小组具有相对的独立性（在某些交通不便的山区，一个行政村往往由若干个相距较远的村民小组组成，各村民小组无论在地域上还是在经济活动上都各自相对独立），村民小组成为集体土地产权者，能够切实掌握土地的数量、质量和分布情况，为合理利用土地创造条件；土地归村民小组所有，便于农民以真正所有者成员的身份行使权利、承担义务，使农民集体所有在事实上得到实现。如果有的地区土地已经统一归

---

① 史际春，《再论农村土地所有权之主体——兼与刘守豹同志商榷》，载《现代法学》，1991 年第 6 期。

村所有，双层经营的统一服务或管理协调职能都在村，村民小组的土地界限已被打破，则当地省级以上人大、政府或其授权的部门可根据实际情况作出规定，由村集体享有土地所有权。[1] 笔者认为，在未设村集体经济组织而仅有村民委员会的村民小组，应由村民小组享有所有权，在明确了村集体经济组织并在全村范围内打破村民小组界限的地区，则由村集体经济组织享有所有权，作为合作制经济组织的农村集体经济组织应建立在村和村民小组及乡（镇）三个层次上，依历史情况不同，土地公有的等级不同，而产生如上三个层次的农村集体经济组织均为法人，性质上是合作制经济组织。在历史形成的过程中，除极少数地方过渡到以生产大队统一核算（即土地归全村所有）外，绝大部分地方是“队为基础”，即基本核算单位是生产队，土地属生产队集体所有，家庭承包土地绝大多数也是在原生产队范围内进行的。国发［1995］7号文件《关于稳定和完善土地承包关系的意见》就曾明确规定：“严禁强行改变土地权属关系，不得将已经属于组级集体经济组织（原生产队）所有的土地收归村有，在全村范围内平均承包，如人少地多的组级集体经济组织绝大多数农民愿意在全村范围内进行重新调整的，应由县、乡两级农业承包合同管理机关一起调查核实，并对土地补偿及债权、债务提出切实可行的处理意见，报县级人民政府批准后方可进行。”中办发［1997］16号文件《关于进一步稳定和完善农村土地承包关系的通知》中也强调“不能将原来的承包地打乱重新发包，更不能随意打破原生产队土地所有权的界限，在全村范围内平均承包”。可见，在我国组级集体经济组织是普遍的，绝大多数的，个别未设集体经济组织而代之以村民委员会管理的，随着集体经济的壮大，对外经济活动的增多，亦应及时设定集体经济组织来对集体所有财产行使所有权。

集体经济组织财产所有权是集体所有制的法律表现形式，作为合作制经济组织，其对外代表全体农民利益从事各种法律行为，对内对于社员不以营利为目的，而是向社员提供经济上和生活上的帮助和服务，作为一种法人，能否与其成员之间设立物权性质的土地使用权呢？作为合作制经济组织，集体经济组织来源于农业生产合作社，原本应由农民集体公有财产，共同劳动并按劳分配，但由于生产发展要求，将共同劳动改变为分散劳动，由每一家庭规模的生产单位进行农业生产，这也正是家庭承包责任制之所以产生的原因，是生产经营方式的改变，而不是土地所有权的改变。分散生产要求农民占有、使用一定量的土地和主要生产资料，因而承包土地进行家庭生产的模式得以产生，这也正是承包经营的真实含义。对公有财产的生产经营方式的改变，使得集体经济组织在组织生产方面的职能发生改变，而演化为作为土地所有者发包土地，并监督土地的合理使用，以及为农业生产提供产前、产中、产后等各个环节服务，并

① 吕来明，《走向市场的土地》，贵州人民出版社，1995年4月出版，第198页。

提供一家一户所无法从事的各种服务事业，但集体经济组织对土地和农业生产的职能并未消失，而是发生了一定变化。

同时也应看到，集体经济组织作为合作制法人，其成员并不是纯粹的出资者，而同时也是生产者，需要利用集体经济组织的公有财产进行生产；集体经济组织是劳动生产者利用公有土地的合作制经济组织，这是集体经济组织与一般法人的不同之处。作为合作制经济组织，其成员作为合作制经济组织这一社团法人的成员而参与其中，民主管理公有财产，并享受集体经济组织为其提供的各项服务，同时也作为生产者直接进行劳动，很显然，需要在合作制经营组织所有的公有土地与其社员之间建立必要的法律关系，这也正是合作制经济组织在握有相当数量的公有财产后所必将面临的法律问题。

我国集体经济组织并未超越合作制经济组织的范畴，它是合作制经济组织的一种。合作制经济组织属于社团法人，因而我国集体经济组织也应属于社团法人，这一认识是建立在对我国集体经济组织的历史发展及其基本特征的认识上面的，对于集体经济组织较为发达的地区，集体经济组织的法人特性表现得比较明显，而在偏远地区，集体经济组织相对涣散，这种法人特性就难以发觉。但笔者认为，明确集体经济组织的法人性质，以集体经济组织的法人财产权来从法律制度上体现集体所有制，是十分必要的，农民集体无法作为民事主体行使集体土地所有权，他们必须组织成为法人才能行使其集体土地所有权。集体经济组织就是这种组织形式的最好的自然选择。

传统民法理论认为，社团法人是以人的集合为基础而成立的法人，其由社员共同出资而组成，社员享有社员权。社员权是以社员资格为前提，社员对于法人所有的一种总括性权利，包容社员与法人之间应有的一切权利义务。[①] 社员权包括共益权和自益权两种。共益权是指社员为法人之利益，参与法人事务之权利，多为法律所规定；自益权是指社员为自己的利益而享有的权利，多为法人章程所规定。[②] 作为社团法人，集体经济组织成员对集体经济组织之公有财产享有民主管理的权利，组成社员大会而作出各项决议等，是集体经济组织社员行使共益权；集体经济组织社员对集体公有财产的自益权应由集体经济组织章程加以规定，例如：对集体公有财产的合理利用，是否享有租赁集体土地，大型农业生产工具的权利，是否享有设定农地使用权的权利等均应由集体经济组织章程加以规定。集体经济组织章程完全可以规定，集体成员不享有设立农地使用权的资格或规定本集体成员和本集体以外人员均享有设立农地使用权的资格，但此种集体经济组织章程必须符合法律规定及不违背公序良俗原则，因而可以看到，集体成员之设立农地使用权是来自于其社员权中的自益权。当集体

① 陈钪雄，《民法总则新论》，1982 年 3 月，第 308 页。
② 同①，第 308 页。

经济组织章程规定，集体成员享有设立农地使用权的资格之时，集体成员完全可以独立于集体之外，作为独立的民事主体，与本集体外人员一样，与集体设立农地使用权，此时集体成员是作为独立的民事主体而存在，而其设立农地使用权的资格，则来自于其社员权中自益权的规定。因此，笔者认为，不能认为农地使用权的设立，是作为社团法人的集体经济组织与其成员设立物权性农地使用权，而应理解为集体经济组织成员是作为独立的民事主体而与集体经济组织之间设立农地使用权只不过，这种资格来自于集体经济组织成员的社员权。

集体经济组织社员退社或死亡，是否影响其与集体经济组织设定的农地使用权的存立？合作社的社员死亡后，社员资格自然终止，作为其社员权行使的利益所得，应作为该社员的遗产而由其继承人继承；而在合作社社员退社时，其在合作社期间所取得的财产，并不因社员资格的丧失而消灭，因此，已设立的农地使用权依然应由该退社社员享有，在农地使用权存续期间内对集体公有财产享有农地使用权，因而笔者认为，集体经济组织社员退社或死亡，均不影响该社员与集体经济组织已设定的农地使用权的存立，从而在集体所有土地上建立起独立的农地使用权，依社员权的行使而取得的农地使用权，在其存续期间内并不因社员资格的变动而变动，这种农地使用权才是一种相对稳定土地使用权。

因此，笔者认为，集体经济组织作为合作制经济组织的一种，在对集体公有财产的利用形态上完全可以采取设立农地使用权的方式，并不因集体经济组织的法人性质而受到影响，这是符合社团法人的基本原理，也有利于农地使用权制度的长期稳定性的。

三、“社区”说辨析

关于集体土地所有权的主体问题，我国学界有“社区”和“总有”说较为典型，如何确定集体土地所有权的主体，关系到土地物权关系的确定，因而有将学者所主张的上述两种学说加以研讨的必要。

有学者认为，“对于宪法规定的土地集体所有权的主体，不可能再理解为农业集体经济组织法人，而应是乡、村或村民小组社区”。[①]理由是：①农村的土地属于村民小组，村或乡镇范围内的全体公民所有，该一定范围内的公民基于出生，就获得相应的权利能力，可以享有土地权益，外来居民到该社区落户，就当然成为集体所有者的成员，原社区内的公民迁往他地，则当然丧失这种资格。而合作组织的成员必须具备相应的行为能力—劳动能力和意识能力，儿童、智力欠缺者和精神病人、既丧失劳动能力又丧失意识表示及决策能力的老年人，都不能成为合作社社员；②作为土地所有权主体的社区并不参加民事流转，它

① 史际春，《论集体所有权的概念》，载《法律科学》，1991年第6期

作为民事主体的意义，在于民法可以通过确认权利，停止侵害、排除妨害，恢复原状，返还原物和赔偿损失等手段来保护其集体所有权。另外在国家征用土地时，它作为行政法或经济法上的主体而与土地管理机关和用地单位发生关系。③从逻辑上说，任何合作组织或集体经济组织，只要它采取开放和民主的经营管理方式，就终究会发展出一定范围内的社区性集体所有权来。囿于集体所有权一定要有封闭固定的主体成员，所有权一定要有个人化“产权界定”之成见，不承认社区性集体所有权及其存在的合理性，不能按这种所有权固有的要求和规律来对其进行管理和调整，那就同样会因违背事物本身的逻辑而对生产力的发展起阻碍或破坏作用。[①]

有学者主张，集体的涵义有两种：一是抽象的集体，一是以农业集体经济组织为载体的集体。（“集体所有”中的）集体应是指农村村一级和乡一级的农村社区，即这类社区的居民对社区范围的土地依法享有所有权，并集中表现为土地收益权的社区共享。从某种意义上讲，土地的社区所有权对社区永久性居民是一种天赋人权，它是作为农村居民的生存权均分给社区居民，随居民的出生而享有，去世而丧失。所以，现行的农村土地所有制，实质上是一种社区居民公有制。[②]

“社区”说旨在建立一种非法人且不参加民事流转又受到民法类似于所有权保护的社区，认为集体所有就是社区所有，集体所有权就是社区性集体所有权，它是合作制经济最终必定发展出来的一种所有制形式。同时，“社区所有”说还否认我国农村生产合作经济组织的存在，“我国人民公社制度取消以后，普遍实行家庭联产承包责任制，许多地方的农业生产合作组织已不复存在”，并揭示了目前集体经济的现状，认为在我国大部分的农村地区，集体经济力量薄弱，社区缺乏凝聚力，多数村组无人管事、无钱办事、无章程理事，土地管理混乱，承包农户得不到集体帮助，而对村组干部强行催粮收款、催种催收等十分反感，农民对于发展集体经济，强化“统”的功能和建立集体经济组织，本能地抱持怀疑或警惕的态度，因而没有必要建立农业合作社来充当土地集体所有权的主体。[③]

“社区”是由德国社会学家 F·滕尼斯最早使用于其著作《Commnity and society》之中的，在德语中为“Gemeinschaft”，在译为中文时，由我国著名社会学家费孝通译为“社区”，从而流传下来，其本义为由共同的思想、目的、职业等联系起来的组织、集团、团体。在对“社区”的研究过程中，社会学家们逐渐的发现“Gemeinschaft”与地域性之间存在着联系，因而就逐渐赋予该概念以更多

---

① 史际春，《再论农村土地所有权之主体》，载《现代法学》，1991 年第 6 期。
② 汪海粟，《社区合作经济论》，经济科学出版社，1996 年 12 月初版，第 132 页。
③ 《再论农村土地所有权之主体》，载《现代法学》，1991 年第 6 期。

的地域性含义，例如E·W·伯吉斯认为，“社区一词，已为社会学家们广泛使用，邻里工作者们，以及其他一些人也常常使用这个词，但他们所指的涵义却彼此相差甚远。……在这个学科的文献中，现有一种倾向越来越明显，即强调社区的地理环境。”① 美国学者F·M·罗吉斯和G·J·伯德格认为：“社区是一个群体，它由彼此联系，具有共同利益或纽带，具有共同地域的一群人所组成。社区是一种简单群体，其成员之间的关系是建立在地域的基础上”，② 社区作为一个社会学概念，其所负载的职能在于探讨一定地域内人际、历史、文化、思想等社会关系的演变发展，是一个社会学的工具性概念，正是因地域性社区中的人群具有类似的观念、思想、行为，才使得社区在社会学研究中具有重要意义。

“社区公有财产”的概念具有内在矛盾，在我国无论采取社区公有财产，还是采取社区性集体所有权等提法，均无法划清社区与集体的区别。社区作为社会学意义上的概念决定了其对解决公有财产的所有权问题没有补益，公有财产仍然是作为集体所有制的公有财产而存在，无论该公有财产处于社区范围内，还是国家规模之中，公有财产依然不能简单地成为社区所有的财产。因而，笔者认为，以社区范围内的公有财产，作为一种提法是妥当的，是符合“社区”的社会学意义的，“社区”说提出存在着一种社区性的公有财产或社区性的集体所有权，是看到了这部分公有财产或集体所有制财产的社区特性，是由共同居住的一群人所公有的财产，这是这部分公有财产的一个特点。

有学者提出，社区不必为人格化的“法人”，“在社区集体所有的情况下，所有权主体也是抽象的非法人共同体，并由一定的机关或法人经授权而分别地经营管理社区财产，这与国家所有权的特征是很相似的”，③ 也有学者提出类似的设想，“社区公有资产归社区法定长期居民共同所有，并由他们通过民主程序选出的专门机构经营管理。”④ “社区公有财产在市场经济条件下，由社区成员通过民主程序选举的财产管理委员会或投资公司等组织作为所有者代表，履行最终产权”，使产权归属清楚，营运责任和利益明确。⑤ 正如国家仅需要所有权代表机关，社区性集体所有财产亦仅需要法定代表机关对外代表对内经营管理即可，社区本身只是一定范围内人群的抽象非法人共同体，而不必作为法人和成为所有权主体，集体所有财产的所有权主体就是全体劳动群众或全体社区成员。这种设想有一定的合理性，但笔者认为有如下两点问题，难以解决：

(1)“社区”说是建立在农业生产合作经济组织不存在的基础上，否定农村合作经济的存在。但这种设想是与现实情况相违背的，实际上，我国农业合作

① R·E·帕克等，《城市社会学》，华夏出版社，第110页。
② F·M·罗吉斯、G·J·伯德格，《农村社会变迁》，浙江人民出版社，第164页。
③ 史际春，《论集体所有权的概念》，载《法律科学》，1991年第6期。
④ 汪海粟，《社区合作经济论》，经济科学出版社，1996年12月初版，第132页。
⑤ 同④，第126页。

经济组织是普遍存在并依然发挥着生产服务职能、组织管理职能、资产积累职能和统一协调职能。有的集体经济组织如江苏华西村等，集体经济组织实力雄厚，而演变为从事各种工商活动的公司形式，农业生产仅占很小的比重。"社区说"会造成社区与集体经济组织之间的矛盾，目前存在的集体经济组织所积累的公有财产，由集体经济组织所有已是产权十分明晰的，没有必要用一"抽象非法人共同体"的社区来代替。

农村合作制经济组织依然需要得到扶持与发展，农村集体经济组织进行农田基本设施建设，良种与科技服务等有利于促进农业产量的提高，机耕、植保、机播等服务能够在一定程度上弥补农户小规模生产在这些环节的不经济性，起到规模效益的作用。集体经济组织通过利用公共积累财产和资源发展乡镇企业，可以起到"以工补农"，转移农村剩余劳动力，提高农民收入的作用。世界各国农业发展的经验表明，农业生产的社会化服务是非常必要和不可或缺的，如日本的农协，韩国的农业协同组合与"新村运动"，台湾的各种农会和农业生产合作社等，在我国现有的合作制经济组织只有充分发挥其作用，才能在农业生产中起到积极的作用。

（2）"社区"说所设想的社区，难以作为民事主体，参加民事流转。它能作为一种财产的集合而存在，并通过管理机关经营、管理，这种相当特殊的所有权形态，无疑可以说是社会主义国家中公有制建设所产生的一种现象。在人类历史上，类似的"公产"形态均是比较原始的财产，如旧中国的村产、祭田，甚至更久远的原始公有财产，而在民法昌盛的今天，有必要明确各种财产的权利、义务关系，将其纳入民法规范之中。移植民法理论、建立民法体系的新兴国家，均面临着用传统民法理论整合旧有的社会关系的任务，我国没有必要建立这种社区，应使公有财产具有明确的所有权主体，并能够作为法人参与民事流转；各乡村集体经济组织随着农业经济的发展，也有必要作为真正的民事主体，对外进行各种经济活动。既然我国已有农村集体经济组织及其财产所有权，就没有必要大规模地建立一种不符合现代民法观念的"社区"性公产。

因此，笔者认为"社区"说不符合我国乡村集体经济组织的现实状况，中央在"关于农业和农村工作若干重大问题的决定"中，要求建立一种以家庭承包经营为基础、统分结合的经营制度，加强农村集体经济组织建设是符合农村经济发展要求，符合农村现实状况的一种选择，比"社区"说更能明确产权归属，稳定各种民事权利义务关系。

四、"总有"说辨析

对于集体所有权的性质，我国有学者认为，集体所有权是新型总有，所谓新型总有是指一定的农民集体范围的成员，藉以其组成的团体对集体财产，依法按照"平等自愿，议决一致"的原则，占有、使用、收益和处分的权利，以及集体成员对集体财产受益的权利。与按份共有的共同共有相区别，而称之为

总同共有。“总同”具有对全体共同所有人总括之意，每个成员都要受到由其总括出的团体的约束。从法律区别来看，总同共有的主体人数远比按份共有和共同共有为众，且含有团体层次，每个成员的个人意志和自由要受团体的严格约束。总同共有的成员对总同共有的财产永远没有现实的应有份，不得请求分割、继承或转让，在其死亡或脱退集体时，其权利即告终结，不发生分割、继承或转让问题，当总有体因某种原因解散时，总有财产应按照国家的有关规定归交和处理。[①]

“总有”制度是日耳曼马尔克公社采用的一种土地制度，它将财产所有权依团体内部的规定加以分割，其管理、处分等支配的权能属于团体，而使用收益等利用的权能分属于其成员，团体成员总体上的权利与各个成员具体的权利构成一个完整的总有关系。在马尔克公社中，“房屋和其周围用篱笆圈围起来的小块园地为家庭私有，耕地仍属公社集体所有，分配给各个家庭使用；森林、牧场和水流等公共用地仍和过去一样，归公社集体所有，全体社员共同使用。使用这些公共财产的方法和规则有全体社员决定，每个社员的利用权是平等的。”[②]所有权分割为质的分割，造成上级所有权与下级所有权的双重结构，总有制度重在对土地的利用关系，团体色彩浓厚，总有体内都具有自身特有的习惯，以支配团体和各成员对土地的管理与利用关系。在领主制建立后，由于领主与佃农关系的确定，领主权与上级所有权相混同，“如是对私有地之特权扩大为土地之支配，土地之支配又成为支配其土地上居住之人之领主权，于是古代之家长权乃进展为中世之领主权”。[③] 日耳曼的村社制度逐渐受到领主权的侵害，旧有的习惯法也逐渐被修改，“土地总有团体，对于为住民全体所有之森林及牧场等之总有地之支配管理，改为贵族领主的警察权能，并设立官宪的森林警察与牧场警察，总有地利用之方法、时期、比例亦不依住民会议解决，而以官宪的森林法、牧场法规定之，一切均须依其规定行事。……在十五六世纪已无复自由之自治的村落之存在，而为彻底实行领主土地支配制度。”[④] 在罗马法继受后，德国历史法学派抛弃了罗马法理念的法人拟制说，借鉴总有团体内部自有组织、法则的特点，而提出法人实在说，“日耳曼法团体思想之复活，树立法人实在论之结果，乃将不属于个人法之范围，导入私法之领域，将变更私法上人格观念之团体人格，导入唯以个人为 Person，惟以个人乃为权利主体之罗马法论。”[⑤] 在德国民法典中，亦仅有设置于债编之中“共同关系”一节（第741—758条），这一变化，实是由于德国法上法人制度的建立，造成“团体”不能自立，而必须

---

① 韩松，《我国农民集体所有权的享有形式》，载《法律科学》，1993年第3期。
② 由嵘，《日耳曼法简介》，法律出版社，1987年2月初版，第50页。
③ （日）石田文次郎，《土地总有权史论》，印斗如译，1960年2月初版，第62页。
④ 同③，第63页。
⑤ 同③，第198页。

转化为法人，旧有的总有制度向法人制度转化，作为家族共产体（Hausgemeinschaft）的“共同关系”（Gesamthand）从总有制度中分离出来而得到单独规定。“日耳曼法之团体 Genossenschaft，基于罗马法之继受，转化为赋有法人人格之实在的团体 Korperschaft 之当然之结果，总有权亦自 Genossenschaftliches Gesamteigentum 转化为 Korperschaftliches Eigentum。……从而团员之权利，亦因此而不为存于他人物上之物权。团体对土地之所有权，仍属于团员之全体，关于所有权之行使，团体以其团体资格有处分管理之权能，各团员以其团员资格，有使用收益之权能”。①

我国现行农村制度也与“总有”制度有明显的差异：（1）我国的农村集体所有制，侧重于财产的集体所有，这是一种从所有制上的描述，它需要为其设定主体而加以表现；而在“总有”制度中，存在着对财产享有管理、处分等上级所有权的“总有团体”，它并不享有完全意义上的所有权；（2）我国农村集体成员享有土地承包经营权，集体依然享有完全意义上的所有权，并未由农民土地承包经营权的设立而受到任何否定；而在“总有”制度中，“总有团体”与其成员均不享有完全意义上的所有权，而是由团体享有管理、处分权能，由成员享有使用收益权能，是以物之利用为中心而对所有权加以质的分割。（3）我国农村集体所有制所欠缺的是加强对集体公共利益的保护，加强集体对公有财产的抽象的支配权，为此，明确集体土地所有权的主体是十分必要的；而“总有”制度重在对物的利用，并不重视对物的抽象支配的建立，土地所有权观念不明确，因而难以适应我国现行农地制度改革的需要。即使主张“总有”说的学者也认为，“更新之后的总有所有权的核心已不再是简单目的——实现其成员对物的具体利用，……而首先是总有成员通过其集体对物实现抽象的统一支配，即总有成员通过其团体，团体依赖其成员对总有财产按照民法基本原则所归结的‘平等自愿，议决一致’原则，占有、使用、收益和处分的权利。”②

可见，学者所主张的“总同共有”是一种新型总有，而“总有”制度作为日耳曼法上的固有制度，已在罗马法继受过程中被加以改造而成为社团法人（Korperschaft），在德国民法典中完全抛弃了总有制度，因而，我国是否还要采取“总有”制度就成为一个问题。不可回避的是，我国集体经济组织在历史演变、组织管理等诸多方面类似于“总有”制度，但“总有”制度并不符合我国农地使用制度改革的方向，而且“总有”制度的存在还必将造成我国所有权制度中罗马法观念之所有权与日耳曼法观念之所有权的冲突，造成民事主体制度中难以确定“总有团体”的地位。此外，“总有”制度与农民的农地使用权制度也是相互矛盾的，在“总有”制度中，农民享有的是利用所有权，是依团体规则而

---

① （日）石田文次郎，《土地总有权史论》，印斗如译，1960 年 2 月初版，，第 215 页。

② 韩松，《我国农民集体所有权的享有形式》，载《法律科学》，1993 年第 3 期。

形成的对土地的使用、收益权，并不是一种用益物权，这样就无法摆脱日耳曼法观念上的所有权而建立一种独立、可转让、可继承的农地使用权制度，从而不符合我国农地使用制度未来的发展方向。

下　　篇



第七章　地上权制度研究

我国地上权制度由国有土地使用权、宅基地使用权和农村建设用地使用权三部分组成，是在这三种土地使用权制度上抽象而成的土地用益物权制度，对上述三种土地使用权制度加以深入研究，有助于我国地上权制度尽早地建立和完善。

第一节　国有土地使用权制度与我国城市建设

我国的国有土地，通过近十年的有偿使用制度改革，已开始走上市场经济的正轨，各种行政管理土地的手段正逐渐淡化，国有土地的有偿使用与自由流转正逐渐成为国有土地法律制度的主导方向，以民法规范手段来调整我国国有土地使用制度，是十分必要的。在国有土地使用权权利私化之后，城市土地制度冲突藩篱，会走上一条迅猛发展而又极易失去控制的道路，近十年来，在城市国有土地使用权出让转让工作中出现的诸弊端及对农地制度的影响，就已很能说明问题。笔者认为，我国城市规模，通过国有土地使用权制度而得以迅速发展，不对国有土地使用权制度加以综合调整，将不利于我国城市建设，必将带来诸多问题。吸收和借鉴世界先进国家城市发展中的经验和教训，结合我国实际情况，才能使我国国有土地使用制度的改革不致于失去发展方向，造成不必要的危害，从而有利于我国的各项事业顺利开展。

城市土地可按利用类型分为：工业用地、商业用地、公用事业用地、仓库用地、交通运输用地、文教科技卫生用地、行政机关用地、住宅生活用地、园林、公共休憩用地、风景游览用地、特殊用地等。[①] 我国城市建设大体经历了三个发展阶段，1949 年～1961 年是统一建制阶段，在统一建制和政府管理体制上逐渐定型化，形成了我国现阶段城市发展的雏形。1962～1978 年是整顿收缩阶段，其原因在于根据当时农业生产水平和工业建设的实际需要，城镇人口占全国总人口的比重仍然过大，市镇建制仍然过多，因而有必要大力压缩城市人口和城市规模。1979 年至今是我国城市建设飞速发展的阶段，经济特区城市、沿海开放城市、计划单列城市等负担着特殊使命的城市纷纷涌现；重视小城镇建设，使之成为连结城乡的桥梁，促进城乡交流与发展，建制镇有了快速发展，县改市的数量有了明显增加。改革开放时期，我国城市发展的指导思想体现在：

---

① 徐敬君、汝莹，《城市土地资源的配置和利用》，云南人民出版社，1993 年 9 月初版，第 242 页。

①放弃城乡隔离，加强城乡联系，积极促进各级城镇健康发展；②以发展生产力，提高经济效益为中心目标，而有效益的城市化是通过各级城镇作为结节点来组织城市和乡村的有机结合；③单纯地用行政手段控制城市规模的政策已失灵，新时期的城市发展方针不是简单的政策转换，而是运行机制的转换；④坚持城市规划的宏观指导作用，今后政府的宏观指导要在加强经济区划和区域规划的基础上，通过城镇体系规划，指导城市规划朝着逐步形成合理的城市体系方向发展。[①] 由于我国特殊的国情，我国城市化经历了其特殊的发展历程，从而在我国造成了城市发展的特有面貌，正如有学者所指出的，城市化进程并不是靠城市自身发展，也不是靠乡村城市化，而是靠剥夺农民、牺牲农业发展加速工业化，推进城市化，从而导致了城市布局的不合理和城市人口分布的非均衡，导致了有计划地发展起来的城市低效率，同时由于第三产业发展滞后，不仅影响了城市化进程，而且也造成城市结构的畸形发展。[②] 城市土地的单纯计划性供给是我国城市发展长期以来的主要方式，但在城市土地使用制度改革之后，有偿出让的国有土地使用权制度逐渐取代了划拨国有土地使用权，自由流转的地产市场逐渐取代了无地产市场或隐蔽的地产市场，两种具有鲜明时代特征的土地使用权制度在我国城市发展中相互冲突。由于采取了更为自由、灵活的国有土地使用权出让制度，它必将对我国城市建设带来巨大的冲击和影响，近十几年来国有土地使用权出让制度的诸多优点和带来的弊端，也说明了不彻底地厘清国有土地使用权制度在城市发展中的运作机制，将会使城市建设面临着诸多的困境和矛盾，而解决这些矛盾将有助于我国城市建设向良性循环轨道发展。

目前，我国城市土地利用存在着诸多弊端，其中有的是历史形成的城市现状，很难在短期内得到改变，有些则是在现阶段城市发展中存在的现实问题，我国城市土地利用存在的弊端主要在于：①城市土地内部使用的比例不合理，生产用地比重高，生活用地比重过低，而在生产用地中又表现为工业生产用地比重过高，造成我国城市生产用地比重过大的原因是长期以来执行“先生产、后生活”的方针，忽视城市经济结构包括产业结构、产品结构的调整，同时城市土地的无偿使用制度又使这种状况得以长期固定下来。[③] ②城市绿地面积少，生态环境条件差。③道路广场用地缺口大，影响城市整体功能发挥。④中等城市数量过多，城市用地的规模效益和聚集效益难以充分发挥。⑤在总量短缺的条件下，内部空间布局不合理，许多城市土地的功能分区与相互配合还不明显。⑥生活居住用地内部结构也严重失调，按照我国规定，居住用地只能占整个生

---

① 张秉忱、陈吉元等，《中国城市化道路宏观研究》，黑龙江人民出版社，1991年6月初版，第8-9页。
② 高佩义，《中外城市化比较研究》，南开大学出版社，1991年12月初版，第84页。
③ 郑荣禄，《中国城市土地经济分析》，云南大学出版社，1997年2月初版，第28页。

活用地的 40%，而许多城市都超过这一标准。[①]

城市国有土地使用权出让，其主要目标在于打破旧有的土地无偿无期限使用制度，建立国有土地使用权的自由流转制度，从而起到稀缺资源配置的作用。城市土地资源配置的基本原则在于：①整体功能最大原则：城市土地资源总体以社会效益、经济效益、生态环境效益三者的综合效益最大为优化配置；②局部配置机会成本最小原则，为此就要按照社会需求的重要顺序安排资源配置；③使用效率最大原则，即在已经确定某块土地用途的情况下，将有限的资源配置给土地生产力利用最大的使用者，使其得到最佳使用；④资源替代原则，即社会应鼓励使用者尽可能用较丰裕的其他资源替代极其有限的土地资源；⑤杜绝闲置和无效配置资源的原则。[②] 然而，在城市土地利用现状下，无法仅凭出让国有土地使用权达到合理配置土地资源的目的。在存量划拨的国有土地使用权未能市场化之时，无法达到城市土地资源的优化配置，出让国有土地使用权制度的优势并未充分发挥出来。

由于存量划拨国有土地使用权的存在，造成城市内涵发展受限制，城市用地不得不向农村用地"索取"，加上我国原有的农地征用审批手续不严格，就引发了城市开发区过热和农地流失严重的弊端，可以说这是近十几年来，我国国有土地使用权的主要弊端，而这一弊端的产生并不是出让国有土地使用权制度单方面造成的，而是由于历史形成的划拨国有土地使用权，未能得到合理流转造成的，因而划拨国有土地使用权进入市场已成为重要问题。在国有土地使用权制度建立之初，投机行为主要表现为划拨国有土地使用权的入市交易问题，这是我国国有土地使用权设立采取"双轨制"而带来的弊端。划拨国有土地使用权由于几乎是无偿性的，转手倒卖或以各种变相和隐蔽方式转移，即可牟取暴利，于是通过各种不正当手段获取划拨国有土地使用权成为"热点"。掌握着大量划拨国有土地使用权的国有企业、行政机关、事业单位也纷纷采取隐蔽手段，逃避土地管理部门和城市规划部门的监管，以出租、出卖房屋，直接出租国有土地使用权，以土地使用权入股合资合作或收取实物形式的地租或土地转让费的方式获得收益。在开发区建设中，划拨用地制度也造成了大量土地资源的严重浪费。"在 1992 年至 1993 年的房地产热潮中，许多省、地、县、乡一哄而起，设立各种开发区多达 10000 多家……上述 10000 余家所谓'开发区'的用地，都是通过划拨和征用而来的。"[③] 但是，这些开发区用地效率非常低。近年来，城市划拨国有土地使用权管理也非常混乱，没有明确有效的政策措施，也是划拨国有土地使用权制度的弊病所在。对划拨土地的使用性质、开发强度、

---

① 徐敬君、汝莹，《城市土地资源的配置和利用》，云南人民出版社，1993 年 9 月初版，第 256 页。
② 同①，第 72 页。
③ 崔建远，《中国房地产法研究》，中国法制出版社，1995 年 3 月初版，第 42 页。

使用者实际的改变，国家不但没有明确的规定和有力的手段加以限制，甚至有的政策还予以鼓励，如允许有些单位用自用地的一部分（不超过1/3）进行“三产开发”，这就造成划拨土地的使用者为获得更大的利益用各种办法改变土地划拨时确定的使用用途，或将土地使用权交换给他人。[①] 由此可见，划拨国有土地使用权制度的存在造成了土地利用效率难以提高，也造成城市国有土地使用权交易市场的混乱，阻碍着城市用地结构的良性运行。

为此，有学者提出盘活存量划拨国有土地使用权的方式，认为，“使用行政划拨土地的经济单位，经济实力和发展前景情况千差万别，这就决定了要使经营性用地的划拨土地使用权走向市场，需要有一个渐进的过程。……根据存量土地资产处置原则，针对用地者交纳出让金的不同能力，比较合理和可行的方式应该是收取出让金，收取年租赁费，作价入账和作价入帐等方式。”[②] 划拨国有土地使用权入市问题是我国城市建设中一个需要着力加以解决的难题。之所以划拨国有土地使用权存量盘活需要相当长的时间，是因为我国国有企业占有的划拨国有土地其数量十分巨大，而国有企业不仅负担着生产任务，还有大量用地用于福利事业、职业住宅建设，促使国有企业转让划拨土地使用权或向国有企业收取更多的地租租金都是不现实的。目前改造存量划拨国有土地使用权主要通过城区开发、搬迁，原来的“第二产业”国有企业通过优惠条件退出市区，而有活力的“第三产业”进入市区的“退二进三”；原来的国有企业如属于“三废”企业，对环境污染较严重的，则强制其搬迁。此外，还可以通过市政建设、地铁、道路拓宽等措施，逐渐征收划拨的国有土地使用权，使之逐渐退出市区范围，改善城市土地利用结构。可见，划拨国有土地使用权的改革是与国有企业的改革紧密相连的，只有国有企业真正成为市场主体，退出划拨国有土地使用权的范围，并逐渐促使划拨国有土地使用权入市，才能通过我国城市土地使用权流转真正达到土地资源良性配置的目的。

城市土地国有化并采取划拨和有偿出让两种方式设定国有土地使用权的模式，有利于在一定程度上抑制土地投机行为：①国有土地使用权具有期限性，越接近国有土地使用权的届期，其交易价格就因剩余年限的减少而下降。由于我国立法采取土地使用权期满，土地使用权及其地上建筑物，其他附着物所有权由国家无偿取得的办法，这在一定程度上可以减少国有土地使用权的投机性交易。②城市土地国有化，并且在国有土地使用权出让中，有城市规划管理部门的充分参与，这样有利于城市发展遵循规划而有序地进行，保持城市居民生活的有序化；在国有土地使用权出让中，出让的每幅地块、用途、年限和其他

---

① 刘云亚，《试析我国城市土地配置机制对城市建设的影响》，载《中国房地产》，1998年第3期。

② 罗龙昌、袁贤祯，《盘活存量土地资产与划拨土地使用权市场》，载《中国房地产》，1997年第10期。

条件，均由市、县人民政府土地管理部门会同城市规划、建设、房产管理部门共同拟定方案；土地使用者需要改变土地使用权出让合同约定的土地用途的，必须取得出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意；房地产开发也必须严格执行城市规划，按照经济效益、社会效益、环境效益相统一的原则，实行全面规划、合理布局、综合开发、配套建设；③目前，我国已采取了一定措施限制国有土地使用权的投机性交易活动，一方面促使国有土地使用权及时进行土地投资开发，以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的，必须按照土地使用权出让合同约定的土地用途动工开发期限开发土地。超过出让合同约定的动工开发日期满一年未动工开发的，可以征收相当于土地使用权出让金20%以下的土地闲置费；满二年未动工开发的，可以无偿收回土地使用权。另一方面，限制国有土地使用权转让的条件，按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，应完成开发投资总额的25%以上；属于成片开发土地的，依照规划对土地进行开发建设，完成排水、供电、供热、道路交通、通信等市政基础设施、公用设施的建设，达到场地平整，形成工业用地或者其他建设用地条件。商品房预售也应符合按提供预售的商品房计算，投入开发建设的资金达到工程建设总投资的25%以上，并已经确定施工进度和竣工交付日期；从而在房地产开发投资和国有土地使用权转让两方面限制了国有土地使用权转手倒卖。在国有土地使用权逐渐成为法人的私有财产并能够通过自由流转进行交易之时，国有土地使用权的投机性交易会逐渐成为国有土地使用权制度需要解决的突出问题，正如有学者所指出的，“由于土地的稀缺性，以及随着经济的增长，土地价值迅速提高，土地投机现象的存在不可避免。因此，如果放任土地市场自由发展，必然出现土地过分投机，导致土地市场无效，土地资源不能得到充分合理的利用。”[①] 在经济不发达的阶段，土地投机行为一般不甚活跃，但是当经济高速增长期来临，对土地需求增加时，国有土地使用权的投机性交易活动必将激增，如欠缺必要的控制手段，一旦开始的土地投机活动将很难得到抑制。因而，在现阶段有必要借鉴国外城市发展的经验，对国有土地使用权的流转加以综合调控，将土地投机行为抑制在萌芽状态。

以土地私有制的日本城市发展为例，由于土地政策由一些从土地投机中渔利的政客掌握，他们利用保护土地私有财产权的名义，宣扬“我们不能违反宪法中关于私有财产权不可侵犯的条款”，而采取“无为”政策，致使日本的土地价格从1960年开始经历了三次上涨高潮，据统计数据表明，1956年至1990年批发物价指数上升约2倍，而大城市的平均地价上涨到145倍，其差距达68.2:1。[②] 在

① 凌相权、李朝晖，《试论抑制土地投机行为的法律对策》，载《法学评论》，1994年第4期。

② （日）都留重人，《日本的资本主义——以战败为契机的战后经济发展》，复旦大学出版社，1995年6月初版，第191页。

土地投机浪潮中，参加土地交易的主要是企业法人和土地投机商，据日本国土厅 1993 年《土地保有移动调查》统计，购入 5 年后的土地中，在个人所有的情况下约 90%是自用的，但在法人所有的情况下，5 年后已有 40%～50%的土地是被转手卖掉的。[①] 可见，日本法人参与土地投机相当严重，法人与土地投机商凭借雄厚的资本常常能够获得城市中心地带的土地，在土地资源短缺，经济迅速发展对土地资源需求增加的情况下，就会产生地价的激涨现象。日本土地投机带来的危害相当严重，①造成土地闲置浪费现象，据东京都《东京的土地利用》的统计称，东京都市中心三区的未利用土地的面积，从 1986 年的 140.5 公顷增加到 1991 年的 172.2 公顷，增加了 22.6%，在更大范围的都市中心 8 区（三区外再加上新宿区、文京区、台东区、涉谷区和丰岛区）的游休土地的面积从 1986 年的 296.1 公顷增加到 1991 年的 357.8 公顷，增加了 20.8%。[②] ②城市地价上涨，使得买房或租房费用增高，损害普通市民的利益，造成城市居民生活质量下降。③由于法人所有者多占据城市中心地带，商业活动集中，造成城市交通拥挤，上下班高峰期明显，而夜晚城市中心区人口稀少，形成空心城。④城市私有土地价格过高，造成城市基础设施建设难以施行，交通道路建设等成本激增，此外，还阻碍了新设公司和原有公司事业的扩大，不利于企业经济发展。正如日本著名经济学家都留重人指出的，土地价格的真实价格必须除去：①投机活动引起的价格上涨部分；②外部经济影响引起的价格上涨部分（如政界知情者的内部操纵投机行为）；③必要的建设费用所造成的价格上涨部分。[③] 针对日本城市土地的投机问题，都留重人提出了增加城市公有土地的对策，他指出，“如果能像英国《土地授权法案》（1967 年）中阐明的那样，在执行国家、地区或地方计划时，能取得立法机关的支持，以确保在恰当的时候得到恰当的土地，这将大大有利于公共机构规划其土地政策。为了这个目的、一个合理的解决方法将是，赋予一个合适的政府机构以按剔除因地理环境改善所增值的部分后的净价强制购买土地的权力。”[④] 显然，这种方式增加公有土地比例，不仅会引发土地私有者的不满，而且会使政府购买土地的成本过高，日本城市土地问题通过政府增购公地方式来解决已为时过晚。

日本城市建设的教训，首先说明了认真执行城市规划的重要性，其次说明对土地交易行为加以制约的重要性。城市规划是一定时期内城市发展的目标和计划，其目的在于根据国民经济和社会发展计划，在全面研究区域经济发展的基础上，根据城市的历史和自然条件，确定城市的性质、规模和城市各部分的

---

① 杜建人，《日本城市研究》，上海交通大学出版社，1996 年 5 月初版，第 100 页。

② 同①。

③ （日）都留重人，《日本的资本主义——以战败为契机的战后经济发展》，复旦大学出版社，1995 年 6 月初版，第 199 页。

④ 同③，第 205 页。

构成，选择用地，全面组织和合理安排各组成部分，使其互相协调配合，为生产和生活创造良好的环境。[①] 在经历了城市土地利用畸形发展过程之后，日本的城市规划由粗放型向集约型转变，日本城市规划也认识到，"城市土地利用必须由代表公共利益的政府制定规划进行管理，单靠自由放任看不见的手进行调节是不可能的。"[②] 此外，徒有城市规划而没有认真执行规划也会造成城市土地利用结构的失控。在此，我国学者也针对城市规划屡遭违犯，地方政府为了吸引外资、盲目上开发项目，造成城市规划布局混乱，不重视城市规划等现象，指出，政府应加强城市规划对房地产开发的规制，并且在严格管理开发建设单位执行规划的同时，更应对政府自身行为严加约束。[③] 这是由于我国城市规划常常严重滞后于经济建设，而政府又为了城市开发的需要而违反城市规划，近十几年的城市国有土地使用权制度改革说明，没有良好的城市规划和实现城市规划的管理制度，就会使城市土地利用结构失控。

我国采取土地国有制，但随着国有土地使用权的广泛建立，国有土地使用权流转中的投机行为将会越来越突出，并成为影响我国城市建设的阻碍因素，为此，有必要采取多种的手段抑制国有土地使用权的不良交易行为，保障我国城市建设的良性运行。目前抑制国有土地使用权不良交易主要可采取两种方法：一是采取国有土地使用权流转中的土地增值税征收；二是对国有土地使用权交易附加一系列的交易约束机制。

我国于 1994 年 1 月 1 日正式施行《中华人民共和国土地增值税暂行条例》，该税种的设置就是针对近年来各种房地产投机活动而采取的措施，无论单独转让国有土地使用权或是房屋产权和土地使用权一并转让，均征收土地增值税；一切行政企事业单位和个人，不论是国有、集体、私营、个体工商业户，还是外商投资企业，也不论是专营还是兼营房地产开发业务的，只要有偿转让房地产并取得收入，就是土地增值税的纳税人。只有建造普通标准住宅，增值额未超过扣除项目金额 20%的或因国家建设需要依法征用、收回的国有土地使用权才可免征土地增值税。土地增值税可以在一定程度上抑制土地的投机行为，但土地增值税也存在着诸多问题难以解决，如土地增值税会发生转嫁、损害国有土地使用权受让者的利益；在土地需求强烈的情况下，依然达不到抑制投机活动的目的；土地增值税税基计算困难，采取累进税率计算也很困难；更为突出的弊端在于土地增值税易逃税，有学者将土地增值税逃税的方法归纳如下：①在土地买卖契约上作假，隐瞒真正成交价格，从而达到逃税目的；②企业购买土地，然后以转让公司股权方式间接地将公司所有土地出让，也会减轻纳税人

① 张仲敏，《城市建设经济学》，1990 年 2 月初版，中国财政经济出版社，第 77 版。
② 赵尚朴主编，《城市土地使用制度研究》，中国城市出版社，1996 年 8 月初版，第 71 页。
③ 赵红梅，《房地产法论》，中国政法大学出版社，1995 年 8 月出版，第 143 页。

税负；③化整为零，将大面积土地分期分批划成小块出售，以增加可享受的免税额，规避土地增值税税赋；④虚报土地或房屋用途，针对农业用地减免税、一般住宅用地轻税等规定，虚报土地或房产用途，逃避税收。[①] 土地增值税是一项相当难征收的税种，在逃税成风的时期，土地增值税本身存在着税基税率计算困难等问题，因而，只能认为土地增值税会在一定程度上起到抑制国有土地使用权投机性交易的作用，它依然是对国有土地使用权流转进行综合调控的手段之一。

对国有土地使用权的流转还可采取必要的交易约束机制加以调控。《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第26条规定，土地使用权转让的市场价格不合理上涨时，市、县人民政府可以采取必要的措施；但如何控制国有土地使用权转让价格还没有系统性的措施。《房地产管理法》第32条规定，基准地价、标定地价和各类房屋的重置价格应当定期确定并公布，可见，我国采取的是公示地价制度，但这项制度依然处于初步建立阶段。有学者主张采取土地使用权转让的申报制度，土地使用者在转让土地使用权时，必须向土地管理部门申报交易的地价及受让方的使用目的等事项，由土地管理部门审查其交易地价是否符合当时的公示地价水平，以及使用目的是否符合土地规划。对于交易地价不符合当时的地价水平或者使用目的不符合规划的，不允许其交易，不予办理过户登记手续，从而防止土地不法交易和价格的不合理上涨。[②] 我国《房地产管理法》第34条建立了房地产成交价格申报制度，房地产权利人转让房地产，应当向县级以上地方人民政府规定的部门如实申报成交价，房地产成交价格申报制度包含了土地使用权转让价格的申报，但这项制度也是不完善的。在各国的地价管理制度中，日本的价格管理体系相对比较完备，其中比较重要的制度有地价公示制度，都道府县地价调查，土地交易的价格审查制度和监视区域制度。

地价公示制度，是指依据地价公示法，由土地鉴定委员会，每年一次选定城市规划区域内的标准土地，经两人以上的房地产鉴定士等对此土地作出鉴定评价，判定出正常价格后，加以公示的制度。这一公示价格不仅是一般土地交易中价格的指标，而且房地产鉴定士在对土地作出鉴定人评价时，公共事业经营者在决定土地价格时，都必须以此为标准。另外，土地收用委员会在收用土地时，也必须参照这一价格进行；再有土地交易前的价格审查和游休土地收买时的价格确定也都必须以公示价格为标准来进行。因此，公示价格是地价管理的基础。都道府县地价调查，是指都道府县知事每年一次选定标准土地（公示制度实施外地区），然后由一人以上的房地产鉴定士对该标准地作出鉴定评价，确定土地价格，并加以周知，这是地价公示制度的补充性措施。土地交易的价

① 中国社会科学院财贸经济研究所，《中国城市土地使用与管理》（总报告），杨重光等主笔。
② 凌相权、李朝晖，《试论抑制土地投机行为的法律对策》，载《法学评论》，1994年第4期。

格审查，是指依据国土利用规划法的规定，在一定规模（如市街化区域内2000平方米，城市规划区域内5000平方米，城市规划区域外地区10000平方米）的土地进行交易时，必须事先向都道府县知事申报。都道府县知事等，如果认为申报的土地价格或者土地利用的目的不当时，在听取土地利用审查会的意见后，可以劝告交易双方中止契约，如果交易方不服劝告，知事可以将交易情况予以公布。这一制度对防范土地交易中的不当行为有着相当重要的作用。监视区域制度，是指基于国土利用规划法而制定的监视区域制度，是针对上升过快的地价而采取的一种防范制度。按照法律规定，受监视区域由都道府县知事和政令指令都市的市长指定。受监视区域为那些被认为是土地的合理利用有困难的地区，主要为三大城市圈，地方上的重要城市和大型工程的关联地区。在监视区域内，土地交易活动处于政府的监视之下，即便是少量的土地交易活动也有向政府申报的义务。这一制度创设于第三次地价上升的1987年，作为政府抑制地价上升的一种特别措施，它主要是用来弥补土地交易价格审查制度的不足，因为价格审查制度的对象为较大规模的土地交易，而在监视区域内则不受上述限制。①

国有土地使用权的交易价格约束机制在我国还有待进一步完善，我国《房地产管理法》已初步建立了地价公告制度和土地使用权交易申报制度，此外还可以建立国有土地使用权交易听证制度，并吸收和借鉴外国地价管理经验，以促进我国国有土地使用权交易价格管理制度的完善。只有建立起政府引导的国有土地使用权价格机制，将国有土地使用权交易价格控制在政府权力约束范围内，才能有效地防止国有土地使用权价格因投机活动而激增，才能为国有土地使用权制度建立一个良好的交易环境，有利于城市建设，城市居民的生活安定。

总之，对国有土地使用权流转的调控手段应当是综合的，以使国有土地使用权从规划、税收、交易约束机制等诸多环节得到必要的限制，从而使我国城市的建设走上一条正确的道路，避免经济发展初期阶段城市发展的无序状态，促使城市建设、居民生活、工商业活动在国有土地使用权制度的良性流转基础上，和谐统一地运转；只有这样，才能达到建立我国国有土地使用权制度的真正目标。

第二节 宅基地使用权研究

宅基地，主要是指农村居民的住宅用地及其附属用地而言，也有少量城市宅基地，是少数城市居民之私有房屋所占城市的国有土地。宅基地之所以能够成为一个特定概念，是与宅基地的历史演变分不开的，宅基地具有其特殊的历

① 杜建人，《日本城市研究》，上海交通大学出版社，1996年5月初版，第113-115页。

史发展过程。目前，宅基地使用制度面临着诸多问题，宅基地使用制度应如何继续发展，有深入研究的必要。

一、宅基地的历史发展过程

建国后，在农业生产合作社的组建过程中，农民私有房屋及其所占土地也经历了特殊的演变过程。1956年6月30日全国人大一届三次全会通过的《高级农业生产合作社示范章程》第16条规定：社员原有的坟地和房屋地基不必入社。社员新修房屋需用的地基不必入社。社员新修房屋需用的地基和无坟地的社员需用的坟地，由合作社统筹解决，在必要的时候，合作社可以申请乡人民委员会协助解决。1963年3月24日通过的《关于社员宅基地问题》进一步确定了农村宅基地使用的原则。[①] 1963年，最高人民法院以《民事意见》将农村宅基地的权属关系固定下来，“关于宅基地使用权纠纷，社员的宅基地，包括有建筑物和没有建筑物的空白宅基地都归生产队集体所有，一律不准出租和买卖。但仍归各户长期使用，长期不变，……房屋出卖以后，宅基地的使用权即随之转移给新房主，但宅基地的所有权仍归生产队所有。”至此以后，农村宅基地的所有与使用关系长期未变。自20世纪80年代以来，由于农村经济有了明显增强，农村建房用地亦逐渐增加。1981年，国务院发布了《关于制止农村建房侵占耕地的紧急通知》，指出农村社队的土地都归集体所有，分配给社员的宅基地，自留地（自留山）和承包的耕地，社员只有使用权，既不准出租、买卖和擅自转让，也不准在承包地和自留地上建房，并指出建房要动用耕地时，要经过批准，具体审批办法，由各地政府按实际情况制定。然而，农村建房的势头有增无减，几乎达到“家家备料，村村动土”的程度，与此相对应的是农村村镇规划工作跟不上，只有少数地方的农房和村镇是按规划进行建设，绝大多数是社员愿在哪里住就在哪里建，占地面积盲目扩大，村庄面积成倍增加，社队企业随意圈占大院，乡村干部多占地、占好地修建私人住宅，农村宅基地的审批程序不明确，不严格。这一法律规范缺乏、乡镇建设规划缺乏的现象在很长一段时间中持续存在，随着对于土地规划工作的重视，省、县、乡三级对于农民建房用地规划逐渐分批制定出来，上述乱占土地建房的现象得到了控制。1986年的《土地管理法》又对农村宅基地的审批权限问题作出了规定，使用原有的宅基地，村内空闲地和其他土地的，由乡级人民政府批准；使用耕地的，经乡级人民政府审

---

① 《关于社员宅基地问题》规定指出：（一）社员的宅基地，包括有建筑物和没有建筑物的空白宅基地都归生产队集体所有，一律不准出租和买卖。但仍归各户长期使用，长期不变。（二）宅基地上的附着物，如房屋、树木、厂棚、猪圈、厕所等永远归社员所有，社员有买卖房屋或租赁房屋的权利。房屋出卖以后，宅基地的使用权即随之转移给新主，但宅基地的所有权仍归生产队所有。（三）社员需建新房又没有宅基地时，由本户申请，经社员大会讨论同意，由生产队统一规划，帮助解决，但尽可能利用一些闲散地，不占用耕地。必须占用耕地时，应根据“六十条”规定，报县人民委员会批准，社员新建住宅占地无论是否耕地一律不收地价。

核后，报县级人民政府批准。1991 年《土地管理法实施条例》又对审批权限作了补充，农村村民建住宅需要使用土地的，应当先向村农业集体经济组织或者村民委员会提出用地申请，经村民代表会或村民大会讨论通过后，报人民政府批准。其中需要使用耕地的，由乡级人民政府审核，经县级人民政府土地管理部门审查同意后，报县级人民政府批准；需要使用原有宅基地，村内空闲地和其他土地的，报乡级人民政府批准。同时，农村宅基地之用地标准，亦由各省、自治区、直辖市人民政府根据山区、丘陵、平原、牧区、城郊、集镇等不同情况，分类规定了控制指标，再由各县级人民政府按规定的控制指标，根据当地的人口、土地、家庭副业、民族习俗等，具体确定宅基地的面积，并报上级人民政府备案。乡（镇）村各项建设应严格控制占用农业生产用地，不得突破县级以上地方人民政府下达的乡（镇）村建设用地控制指标。

可见，目前我国农村宅基地使用制度，已不仅仅局限于权属关系的确定问题，而更为重要的是，随着农民收入的提高，宅基地需求量激增，变成如何控制农村宅基地使用权不良扩张的问题。控制农村宅基地，可采取行政措施，如加强乡村建设用地规划工作，严格落实农村宅基地用地指标，加强宅基地审批手段等诸项措施，同时也应看到农村宅基地已逐渐走出行政管理的范围，随着集体经济组织所有权的完善，如何用民事手段与行政手段综合控制农村宅基地的不良扩张，并且这两种手段和方法如何加以协调，使之相互配合以达到最终目的，是需要认真研究的。

二、现行宅基地使用制度的问题及对策

目前农村宅基地问题是很值得忧思的，虽然在规划、审批等诸环节上加强了立法和行政管理，但农村宅基地依然存在侵占耕地良田的现象。目前农村宅基地存在的问题主要表现在：①旧宅基地的回收无法律规定，农民存在着“房屋是祖宗传下来的，地方要看住”的观点，批了新宅基地，又不愿腾出旧宅基地，旧房又难以拆除，造成村庄面积成倍扩张，有的地区甚至造成村内旧房无人住，新村建房争地，形成“空心村”的现象。②农村宅基地的审批逐渐松懈、乱批乱占、不批而占，少批多占的现象非常严重，相当一部分村干部多占宅基地，造成不良影响。③山坡地、劣地坡度大、多山石、平整地基难度大，村民宅基地多愿选择公路边平坦土地，一来建房容易，二是可以利用交通便利，发展个人经济。④农村宅基地规格越来越高，占地面积要求提高，对住宅环境、交通等要求逐渐提高。⑤农村违章建筑问题严重，非法挤占村公有土地，除建宅外，农户常为自身便利，挤占房前屋后的公共通道，造成的纠纷日益增多。

针对农村宅基地新出现的问题，学界提出的解决办法主要集中在行政管理及规划控制等方面，如有学者认为应加强农村居民住宅用地统一规划，可分三个步骤来进行：第一步，逐村逐组逐户地摸清居民现有住宅用地面积，建筑面积和人口状况；第二步，按照比较合理的标准，对若干年内该村、组新建住宅

用地作出预测，拟订用地计划；第三步，根据村周围土地利用现状，按照相对集中、依法用地、保护耕地的原则，选择合适的地点，分阶段地逐步落实。[①] 亦有学者认为，为使农村土地集中高效利用，除加强长期土地利用规划外，可以考虑把多占集体土地纳入有偿使用轨道，这样，既可督促所占旧房及早拆除和不再多占集体土地，又可通过收费积蓄资金，作为旧村改造启动资金，加速旧村改造步伐；此外还要加强非法用地的查处。[②] 在实践中比较典型成功的农村宅基地改造的事例，是在人多地少的粮食主产区安徽阜阳的宅基地改村造田。阜阳地区的做法是，以15年为期进行村庄用地规划，采取人均建设用地面积（70－120平方米之间），户均宅基地面积（160－220平方米之间）的双重控制指标，考虑人口的自然增长预留部分村庄用地，测算出村庄远期总用地规模，划定村界，此后农民建房，只能在村界内进行，村界外一律不许建房，村界内建房按规划进行；划到村界外的住户，依据各自的经济承受能力，逐步迁入村界内，计划用3－5年时间定完村界，10－15年时间村界外住户全部迁入村界内，村庄建设用地实现退宅还田100万亩的目标。这样，划地为界，划界为村，通过控制村庄用地总量，有效地解决村庄建设用地无限外扩的问题。[③] 这一做法值得推广。

我国《土地管理法》第62条关于农村宅基地问题的新规定主要有：①农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准；②农村村民住宅用地的审批权上调，无论何种用地，均应经乡（镇）人民政府审核，由县级人民政府批准；③如果涉及农用地转为非农用地时，应办理农用地转用审批手续，在土地利用总体规划确定的城市和村庄，集镇建设用地规模范围内，为实施该规划而将农用地转为建设用地的，按土地利用年度计划分批次由原批准土地利用总体规划的机关批准。在已批准的农用地转用范围内，具体建设项目用地可以由市、县人民政府批准。可见我国《土地管理法》试图从农户占用宅基地数量及加强宅基地审批权方面控制农村宅基地的不良扩张。

笔者认为，从建立我国土地使用权制度的角度来说，农村宅基地是不容忽视的一个重要组成部分。为此，加强农村集体所有权的地位，并且从物权法上锂清集体所有权与农民宅基地使用权的关系是很有必要的，其中涉及如下几个问题：

1. 农村宅基地的有偿使用问题

有学者认为，农村宅基地应实行有偿使用，理由主要是：①宅基地的有偿

① 颜智龙，《统一规划农宅用地》，载《中国土地》，1996年第4期。
② 王登正，《农村宅基地管理存在的问题及对策》，载《中国土地》，1997年第12期。
③ 汪冬莲，《阜阳：宅基地革命》，载《中国土地》，1996年第5期。

使用可以防止农民早占、多占、滥用集体土地，以致不少农民认为宅基地是祖传私产，属个人所有，集体土地所有权观念淡薄；②允许使用人在不得牟利的前提下进行宅基地使用权的有偿转让或交换，可以减少土地浪费现象，提高宅基地的使用率，同时防止炒卖宅基地使用权的现象；③城镇非农业户口居民在农村居住的，长期以来一直无偿使用宅基地，这一现象不仅侵害了农民集体的利益，也助长了浪费土地之风，应当实行有偿使用。[①] 亦有学者持相同观点。[②]

农村宅基地的有偿使用，在我国早有试点和推行，1988 年以来，山东省德州地区和全国 200 多个县的部分乡、村实行了宅基地有偿使用，当时进行试点所采取的原则是在经济基础较好，耕地资源紧张的县、乡、村进行分步试点。1990 年以后，浙江省土地管理局在乐清等 39 个县（市、区）的 136 个乡（镇）进行了农村宅基地有偿使用试点工作。然而，至今农村宅基地有偿使用制度依然难以在全国推广，其主要原因在于宅基地有偿使用加重了农民负担，宅基地有偿使用收费标准确定困难，标准过低，难以起到限制宅基地滥占，促使多占宅基地退出的目标。

宅基地有偿使用可以促使农民更合理、有效、经济地利用宅基地，有利于改善干群关系和村镇民主建设。由于确定统一的宅基地使用条件和收费标准，干群统一有偿使用，可以在一定程度上减少矛盾，此外，村集体经济组织可以从宅基地有偿使用中获取收益，用于壮大集体经济实力，加强村镇建设和公益事业建设。同时，宅基地的有偿使用也可以使农民增强社会主义土地公有制观念，改变部分农民将宅基地当作祖宗遗产的陈旧观念。可见，宅基地的有偿使用是农村宅基地使用制度的目标，如果集体经济组织在本村实行宅基地有偿使用，则是集体经济组织行使土地所有权的应有之义，但亦应允许集体经济组织在考虑到本村经济收入的前提下与宅基地使用者约定无偿使用宅基地。

目前的农村宅基地法律制度中，行政审批权是对集体土地所有权的一个限制因素。如果任由集体经济组织自由向农民出让宅基地使用权，将造成土地的侵占，任何一项所有权都不是宽泛无限制的，集体土地所有权亦应受到国家公序良俗和公共利益的限制。在设定农村宅基地使用权时，集体土地所有者所受到的限制应主要是规划审批和农用地转用审批。由于审批部门可以直接将农业用地转为建设用地，因而，集体经济组织与农民之间的农用地使用权因转用许可而被破除，农用地使用权因审批部门农用地使用审批而消灭，无疑这是我国集体土地用益物权制度的特殊之处。国家许可某宗土地由农业用地转为建设用地，它使农用地使用权消灭，农业用地交由集体经济组织，并由集体经济组织将之变为建设用地，再设定宅基地使用权，这样在宅基地无偿使用机制下，会

① 吕来明，《走向市场的土地》，贵州人民出版社，1995 年 4 月出版，第 217 页。
② 赵红梅，《房地产法论》，中国政法大学出版社，1995 年 8 月出版，第 119 页。

造成农用地使用权的损害无法得到补偿，因为审批部门是为了公共利益和依经济发展长期规划而做出的农用地转用许可，且审批部门并未取得农业用地的所有权；集体经济组织作为土地所有者，对于农用地使用权因行政审批而消灭亦无法承担责任；而宅基地使用者是从集体经济组织处无偿取得宅基地，与原农地使用权者毫无关系，显然，这种机制是极不公平的。为此，笔者认为，农用地转用许可中，宅基地的使用者应为有偿取得。在农村建设用地规划之外，占用耕地的宅基地使用者应对原农地使用权人的损失加以补偿，这样，在乡村建设规划用地之外，占用耕地作为宅基地的使用者就会受到一定的制约，从而保证其受到农用地转用审批与农地使用权双重制约，使耕地流失变成建设用地的现象有所缓解。

2. 关于农村宅基地使用权的转让问题

目前法律关于农村宅基地转让问题的规定极为欠缺，我国《土地管理法》第62条第4项亦仅简单地规定："农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准。"学者们的观点亦有不同，有学者认为，"宅基地使用权可以本着调剂余缺的原则，在本集体成员之间协议转让，但必须经乡（镇）政府批准，而且出让方不得牟利。宅基地使用权出让以后的若干年内（具体年限可由地方人民政府规定），出让人不得向集体申请分配新的宅基地使用权；若其需要增加，只能通过转让、租赁等方式取得本集体其他成员自用有余的宅基地使用权。"① 有学者则认为："受宅基地私有的旧观念影响，一些居民将其祖遗宅基地或依法经批准无偿取得使用权的宅基地，出租、出卖、赠送给他人建房使用，或私自与他人互相交换，或作为私有财产进行继承等，均属非法转让土地使用权，不受法律保护。土地属于国家或集体所有，公民只有使用权，没有支配权。公民自己不需要时，应返还给国家或集体另作安排。"② 关于农村宅基地使用权转让，主要涉及这样几个问题：①是否允许农村宅基地使用权转让；②是否允许农村宅基地使用权继承；③是否允许在农村宅基地上设定抵押权。

笔者认为，由于农村宅基地多为祖遗地产，在合作社运动过程中也仅是将所有权收归集体，农民依然有无限期的使用权，因此，应允许农村宅基地继承，才符合我国的国情和习惯，有学者亦认为："按照继承法的规定，公民的房屋继承受法律保护，而且根据我国农村多数地区长期以来的实践也承认外地继承人继承本地居民的房屋，这样也就自然地承认了宅基地使用权的继承。"③ 关于农村宅基地使用权的转让，笔者认为，由于农村宅基地的地上权性质，应允许农村村民转让其宅基地使用权，农村宅基地使用权的转让范围没有必要局限于本

① 王卫国，《中国土地权利研究》，中国政法大学出版社，1995年8月出版，第199页。
② 汤树华，《房地产审判实务与疑难案例评析》，法律出版社，1992年7月出版，第196页。
③ 同①，第194-195页。

集体内成员，因为，农村宅基地属于农村建设用地，在规划范围内，农村宅基地的自由转让并不会造成对农业生产的任何影响，农村宅基地使用权的自由转让与农村用地的规划密切相关，只要规划为建设用地范围的集体土地，其上设定的农村宅基地使用权均可自由转让。我国《担保法》第37条规定，耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，不得抵押。有学者对此条解释为："如果允许以上述集体所有的土地使用权进行抵押，则可能会在抵押权人行使抵押权使其他人得到土地的使用权后，将农业用地用于其他目的，或使农民丧失宅基地后重新申请而使耕地的面积减少。"[①] 这一规定是在我国农地转用审批制度实施之前采取的措施，在农地转用审批制度实施后，耕地转为宅基地受到严格限制，宅基地使用权设定抵押权后，一旦农民丧失宅基地将不会任意破坏农地利用规划，因为农地转用审批的程序是"在土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模范围内，为实施该规划而将农用地转为建设用地，按土地利用年度计划分批次由原批准土地利用总体规划的机关批准。在已批准农用地转用范围内，具体建设项目用地可以由市、县人民政府批准。"可见，宅基地使用权的出让受到农用审批权的制约，农民宅基地使用权的丧失并不必然导致耕地的流失和滥占。此外，由于农业经济的发展，从事各种经营活动的专业户往往急需获得贷款，如果限制其以房屋作为抵押，则农民将很难取得贷款用于发展农业生产。因此，在农民将房屋用于抵押后，宅基地使用权亦由于我国采取"房地一致"原则而随之抵押而转让。因而，笔者认为，农村宅基地使用权的转让、抵押是经济发展的必然需求，允许农村宅基地使用权的自由转让、抵押，对我国农业生产和耕地保护并不会造成损害。

3. 城市个人宅基地使用权

对城市私人房屋所占土地在土地改革后采取的政策是："铁路、工矿、历史古迹、国家建筑及公产房等所占土地为国有，私人房产等所占土地为私有。"1956年1月18日中共中央批转中央书记处第二办公室《关于目前城市私有房产基本情况及进行社会主义改造的意见》中规定："一切私人占有的城市空地、街基等地产，经过适当的办法，一律收归国有。"，"1967年，这些土地事实上成为国有财产，但在法律文件上，宣布这些土地为国有财产则是1982年的事情。"[②] 1983年5月国务院批准城乡建设环保部发布的《城镇个人建设住宅管理办法》第4条规定："城镇个人建设住宅，必须十分珍惜和合理利用土地，要与改造旧城相结合，充分利用原有的宅基地和空闲地，提倡建造二层以上的住宅，禁止占用良田、菜田，应结合城市绿地建造住宅，有条件的城镇，应当由人民政府统一解决用地，统一规划。"，"城镇个人建造住宅需要征用土地的，必须按照国

① 许明月，《抵押权制度研究》，法律出版社，1998年5月初版，第146页。
② 吕来明，《走向市场的土地》，贵州人民出版社，1995年4月出版，第61页。

家有关规定办理征地手续，禁止任何单位和个人未经批准擅自占用建造住宅”。可见，这些规定均将城市私人宅基地使用权视为划拨的国有土地使用权，各地也采取划拨方式设立个人宅基地使用权。[①]

《城市房地产管理法》在起草过程中，其立法草案第23条第2款曾规定：“本法施行前城市国有土地上的私有房屋用地，其土地使用权视同划拨方式取得；但是依法通过出让方式取得土地使用权的除外。”法律委员会研究了多方面的意见后认为，城市私有房屋问题比较复杂，有各种不同情况，有华侨及其他海外人士解放前购置的房产，也有城市居民几代相传的私有房屋，规定一律视为划拨方式取得，并在转让时补交出让金，会带来一些问题，需要进一步研究。因此，在《审议结果报告》中建议，《房地产管理法》对此可以不作规定，删去草案之规定。如果需要，可先由国务院制定行政法规，区别不同情况加以处理。[②] 然而，城市国有土地上的私有房屋用地作为一项特殊的土地使用权依然存在，目前仅能认为，其设定具有历史上的特殊性，其土地使用权的依据主要是1995年3月31日国家土地管理局发布的《确定土地所有权和使用权的若干规定》第28条规定：“土地公有制之前，通过购买房屋或土地及租赁土地的方式使用私有的土地，土地转为国有后迄今仍继续使用的，可确定现使用者的国有土地使用权。”但城市个人宅基地使用权究系划拨国有土地使用权与否，其性质难以确定。依我国《土地管理法》第9条规定，国有土地和农民集体所有的土地，可以依法确定给单位或个人使用。使用土地的单位和个人，有保护、管理和合理利用土地的义务。城市个人宅基地使用权当属于此种国有土地确定给个人使用而形成的国有土地使用权之列，其法律性质属于地上权。

第三节　农村建设用地使用权研究

农村集体土地，依其用途，可大体上分为用于农林牧渔业的农业生产型用地和用于非农业生产的建设用地。后者主要包括乡（镇）村企业建设用地，乡（镇）村公益事业，以及村民和非农业户口居民的宅基地。农村建设用地的主要问题是：①乡（镇）村企业建设用地能否向集体外转让；②集体经济组织可否向集体外的全民所有制企业、城市集体所有制企业、房地产开发公司、外资企业、合资企业乃至私营企业出让农村建设用地的使用权。

目前，农村建设用地使用权采取如下程序审批：农村集体经济组织使用乡（镇）土地利用总体规划确定的建设用地兴办企业或者与其他单位、个人以土地

① 最高人民法院《民法通则》培训班，《民法通则讲座》，第384页。

② 房维廉主编，《中华人民共和国城市房地产管理法释义》（附件二），人民法院出版社，1995年10月第2版，第236－237页。

使用权入股、联营等形式共同举办企业的，应当持有关批准文件，向县级以上地方人民政府土地行政主管部门提出申请，按照省、自治区、直辖市规定的批准权限，由县级以上地方人民政府批准；省、自治区、直辖市可以按照乡镇企业的不同行业和经营规模，分别规定兴办乡镇企业的用地标准，加以严格控制。上述用地涉及占用农用地的，应当办理农用地转用审批手续。

农村建设用地使用，还仅局限于乡（镇）村企业用地和在以土地使用权入股、联营的方式上，农村建设用地向其他集体经济组织和城镇用地单位的自由出让还受到限制。这种模式的弊端在于：①乡镇企业的用地局限于一村一地，形成以村为限的乡镇企业建设格局，不利于乡镇企业选址的合理性，其发展也受到限制，同时也造成了建设重复、用地浪费的现象；②以土地使用权入股、联营的方式，使农村建设用地使用权流失，我国《担保法》第36条第3款规定："乡（镇）村企业的土地使用权不得单独抵押。以乡（镇）村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的土地使用权同时抵押。"但在乡镇企业出售、出租、抵押建筑物时，也不可避免地造成农村建设用地使用权的隐形流失；③乡镇企业取得农村建设用地使用权基本上是无偿无期限闲置甚至撂荒，造成了土地资源的严重浪费。[①]④农村集体经济组织的土地所有权未能得到体现，以县级以上地方人民政府的审批代替农村集体经济组织的出让权，限制了农村集体经济组织的所有权。

有学者认为，可以允许采用一种在保持集体土地使用权不变的情况下转移企业产权的方案。这样，企业产权归业主，土地使用权归企业，业主不直接成为土地使用权人，因而在发生企业并购时，应视作只发生企业产权过户登记，而无需办理土地使用权过户登记。将来，如果企业停产关闭，土地仍归集体，集体还可以另行安排使用。[②] 也有学者认为，应参照城镇国有土地有偿出让转让的办法，实行乡镇企业用地的有偿使用。乡镇企业取得用地使用权的要经过规定级别的人民政府审批，对占用耕地要严格控制；乡镇企业使用村农民集体所有的土地应当交纳出让使用费，应规定使用期限，同时允许乡镇企业将使用权转让。村农民集体以土地使用权入股与乡联办企业，应当合理作价并取得合法的分红。[③] 也有学者主张，乡镇企业建设需要使用集体土地的，一律由国家将集体土地征为国有，征用后再由国家以划拨或出让方式确定给乡镇企业使用。以使乡镇企业用地可以成为一种独立的财产，进入流通领域。[④] 在实践中，山东威海对农村建设用地使用权的改革较为典型，威海模式的做法是：禁止集体建设

---

① 吕来明，《走向市场的土地》，贵州人民出版社，1995年4月出版，第218页。
② 王卫国，《中国土地权利研究》，中国政法大学出版社，1997年5月出版，第200页。
③ 同①。
④ 赵红梅，《房地产法论》，中国政法大学出版社，1995年8月出版，第115页。

用地进入市场，城乡结合部和开发区内的集体土地，原有和新办的乡镇企业（包括乡办、村办、联营和个体企业）用地以及乡镇驻地的农民住宅建设用地一律征为国有，由国家垄断其使用权的出让。在城乡结合部和乡镇政府驻地，将土地出让给房地产开发公司，统一开发建设后，转售给农村居民和乡镇企业。[①]

笔者认为，在我国采取农地使用权转用审批制度和严格限制土地征用范围，提高土地征用审批机关级别的政策后，农村集体经济组织的土地所有权仅受到上述规划、转用、征用等权限的限制，但在其土地所有权的行使上不应再有行政性的限制，农村集体经济组织应有权自行出让其建设用地使用权，这本是农村集体土地所有权的基本权能内容。在采取农地使用权转用审批制度后，国家根据土地利用总体规划，自上而下逐年将部分农用地变为农村建设用地，但在这种转用后，再由各市、县人民政府批准建设用地使用权的出让，就是不必要的，应使农村集体经济组织具有出让转用后的农村建设用地使用权的权利。以行政管理权干预农村集体经济组织的土地所有权是不合理的，不利于完善农村集体经济组织的民事主体地位。

正如有学者所指出的，在威海模式中，对于农村建设用地全部征用为国有，再予以出让的方式，“虽然能达到控制建设用地的目的，但不利于集体土地产权流动和资源重组，不利于提高土地利用率和发展乡镇企业乃至于农村经济，而且损害农村集体经济利益，破坏土地集体所有制，弊大于利 。”[②] 对农村土地的征用不能没有严格控制，如威海模式，不限制国家征用土地的范围、用途，仅为了控制建设用地规模，是有损集体土地所有权的做法，虽然在短期内可以控制建设用地的规模，但随着经济发展、人口增长，还要进行新一轮的征地，造成国家对集体利益的剥夺，这一做法并不符合土地征用的基本原则。

农村建设用地作为乡镇企业建设用地和使用权的入股出资，其规模和数量日益增加，应由国家对这类特殊用地加以严格控制，以保护耕地，保障农业经济的稳定，最终也有利于农民的利益。就已成为农村建设用地的土地来说，应由集体经济组织享有农村建设用地出让权，既可向本集体内各乡镇企业出让，亦可向其他集体经济组织或城市用地单位出让，这样，可以增加集体经济组织的收入，减轻农民的经济负担，壮大集体经济，积累必要的农业技术改造和适度规模经营的资金，从而有利于农村经济的协调发展。农村建设用地使用权的有偿出让，可使乡镇企业有效利用土地，减少土地资源浪费现象，乡镇企业亦可以作为农村建设用地使用权的所有者转让或将其出租、抵押而获得利益，从而避免土地的隐形流失。正如有学者所指出的，“在我国，有必要建立全国统一的具有法律效力的、具有特殊制定和修改程序的县以下土地利用规划。通过这

---

① 王文彬、任路平，《对农村集体土地入市问题的探讨》，载《当代房地产》，1997 年第 4 期。
② 同①。

种规划，明确永久性农田保护范围，制定出非永久性农业用地向非农业用地转变的阶段性计划，使每一块农田将来的用途能以具有法律效力的方式确定下来。"[①] 只有在这种具有法律效力的土地利用规划指导下，才能抑制农村集体经济组织将农用地转为建设用地的冲动，严格农村建设用地增量审批，从而保障农村集体经济组织对农村建设用地使用权的出让行为得到宏观调控。

第四节　地上权制度诸问题研究

一、地上权设定目的

目前，关于地上权的设定目的，究竟如何进行立法，是一个重要问题。在德国，地上权是指在他人指定的土地的地表之上或者地面之下以建筑为目的的可以转让，可以继承权利。[②] 立法所确定的地上权目的仅限于在他人土地上建筑各种工作物，"法律的意思是，地上权的本质在于在他人土地上为自己建筑，而不是进行种植，垦植或者养殖，或者取得其他利益，这是地上权和其他性质的不动产用益物权如永佃权、用益权、地役权等权利的根本区别。"[③] 而在法国，地上权（droit de superficite）是一种由其财产位于土地之上（如树木、建筑）或之下（如隧道、地窖或地下仓库）的土地所有人之外的人享有的一种物权。在法国地上权设定目的中有种植物，这是有法国地上权的特殊历史原因的。在法国漫长的农耕史中，法国东部贫穷的某些丛树森林区，"在这些地区，树木属于伐木者，土地属于其他人（主要是'pariese'，法国旧时乡村行政单位)。"[④] 哥德梅（Y.Gaudemet）在《私权与公产的重合》（D.1978，Chr，293）一文中也指出："1852年5月22日法律规定，沿国有道路栽种的树木可以属于私人财产，虽然它被栽种于公产之内。"[⑤] 台湾的地上权立法与法国极相似，地上权的设立目的是在他人土地上因有建筑物或其他工作物或竹木为目的而使用他人土地，台湾民法典第832条之所以这样规定，在立法之前也参照了各国规定，并认识到各国立法律并不一致，有因在他人之地上或地下有建筑或其他工作物，使用其土地为地上权者；有的在有工作物之外兼有竹木等物，使用其土地为地上权者，台湾民法典立法为发达经济计，从后者（台湾民法典第832条立法解释)。但是，这一规定却引发很多争议，台上院字第738号解释，认为地上权系以植林为目的者而言，如系以耕作为目的之培植茶、桑、果树等，则属永佃权之范围。姚瑞光先生则持相反观点，认为已登记地上权，而其设定目的载为种植竹木，地上

① 中国土地规划院课题组，《按照市场经济的要求建设农村非农产业用地制度》，张小铁执笔。
② 孙宪忠，《德国当代物权法》，法律出版社，1997年7月出版，第226页。
③ 同②，第227页。
④ 尹田，《法国物权法》，法律出版社，1998年2月出版，第365页。
⑤ 同④，第370页。

权人用以栽种茶等植物，实难认为违反约定。已登记之地上权，土地面积一千坪，其设定目的为建筑房屋，地上权人仅建筑五十坪，余均用以栽植花木，亦无适用租赁规定之理由。① 史尚宽、郑玉波、杨与龄、张企泰、谢在全等诸学者持折中观点，认为，以竹木为目的设定地上权而因耕作为目的种植稻、麦、蔬菜、茶、桑树等，乃属永佃权之范围，应排除于地上权之外，惟以有建筑物为目的而设定地上权，于其建筑物周围种植花草果蔬，予以耕作收获，可视为居住之附属行为，既不违背设定地上权之目的，自不得认为已超出地上权之范围。② 梅仲协先生则认为“以竹木为目的之立法是错误的，应加以修订，理由是院字第738号解释失之过狭，不适于实际上之法律生活，且依我国向来习惯，地上权之内容，大抵以建筑物为限，租地以资种植者，俗称为佃，故第832条‘竹木’二字尽可删去，既合于习俗且可免解释下困难。”③ 另有学者认为不但应加强此种方法，而且应扩大‘竹木’的范围，“自社会经济论，因竹木以外之植物，使用他人土地亦有巩固永久之必要，且自价格而言，一花一卉常有较竹木为高者，仅言竹木不能概括，实不如民律第一次草案第1089条之规定定为植物较能涵盖一切。”④ 笔者认为，在我国大陆，就地上权的设定目的应采取以地上或地下建筑物或其他工作物为目的，理由如下：①各国立法例中，以建筑物或其他工作物为目的设定地上权和兼有竹木为目的设定地上权均可采用，采取何种立法例，应以简明准确，不致引发错综繁杂的法律后果为标准。在台湾民法中，不仅在学说中造成分歧，而且在实践中，同一土地设定地上权，一旦种植茶、桑、果树等，不定期限者，依院字第738号解释，则按台湾民法典第842条第1款规定视为永佃权，定期限者，依台湾民法典第842条第2款视为租赁，在同一土地上因地上权之设定会引发如此复杂的法律后果，很难认为是合理的、完善的立法。②台湾民法典已于民国82年6月《民法物权编修草案》中增订了农用权，其内容包括以农作、种植竹木、畜牧、养殖为目的，在他人土地上之用益物权以代替永佃权，因农用权的设定，地上权之以竹木为目的就会与农用权相重叠，因而地上权之内容仅限于有建筑物或其他工作物而删除“竹木”为目的。我国大陆应抛弃旧立法例而采取更加简明准确的立法例。

二、地上权的取得

1. 我国地上权包括现有的国有土地使用权，宅基地使用权和乡（镇）村建设用地使用权，其中国有土地使用权分为划拨形成的国有土地使用权和依出让合同形成的国有土地使用权。宅基地使用权包括城镇居民使用国有土地的宅基

① 姚瑞光，《民法物权论》，1988年9月，第146页。

② 谢在全，《民法物权论》（上），1995年9月修订版，第423～424页。

③ 梅仲协，《民法要义》，1963年10月，第40页。

④ 王去非，《民法物权论》，1948年3月，第156页。

地使用权，城镇非农业户口居民使用集体所有土地的宅基地使用权和乡（镇）村居民的宅基地使用权，乡（镇）村建设用地使用权包括乡（镇）村企业使用和集体经济组织的土地入股或出资而形成的农村建设用地使用权。

目前地上权的取得来源既有行政划拨方式，又有依土地使用权出让合同方式，还有由国家确定由个人使用方式，如城镇非农业户口居民建筑住宅，需要使用集体所有的土地的，必须经县级人民政府批准，其用地面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。有学者认为，在我国建国后的历史上，还有一种特别的现象，即土地使用权的一般设立。这是指通过法律的规定，直接将不特定所有人的土地所有权变更为土地使用权。在建国后，法律一般设立土地使用权的情况主要发生了两次：一次是经过农业合作化和人民公社化，将农民私有的土地收归集体所有，农村居民宅基地个人所有权转化为使用权。另一次城市居民私房宅基地所有权转化为使用权，在法律上仍承认其房屋所有权的情况下，其土地所有权即转化为土地使用权。[①] 笔者认为，对于前者，只是重新用宅基地使用权加以整理的问题，对于城市居民私房宅基地使用权，确是历史遗留下来的一类特殊的国有土地使用权，在设定来源上具有自身的特殊性，但在其他方面，如土地使用权人的权利义务、宅基地使用权的转让、消灭等诸方面并不具有特殊性，应作为取得途径特殊的地上权看待。

2. 有学者认为，土地使用权合同实际上是由两个性质不同的合同组成的，一是国家以土地所有人的身份与土地使用权人签订的土地使用权设立合同，国家取得以出让金形式的经济效益；一是国家以社会事务管理者的身份与土地使用权人签订的土地开发合同，国家取得开发项目完成后的社会效益。[②] 依此观点，国有土地出让合同将是由民事合同与行政合同组成的合同。

土地使用权是否由两个性质不同的合同组成，即由土地使用权设立合同和土地开发合同组成。这一问题亦可看作国有土地使用权出让合同是是否民事合同抑或行政合同这一问题的另一种表现形式。对此学术界有三种观点，第一种观点认为土地使用权出让是一种行政行为。[③] 第二种观点认为土地使用权出让法律关系具有双重性质，既具有民事法律性质又具有行政法律性质，出让行为的法律性质属于经济法行为。[④] 第三种观点认为土地使用权出让合同仍然是民事合同，理由是：①土地使用权出让合同中，国家是一民事主体身份和土地所有者身份出现的；②国家在土地使用者违约时采取行政警告直至无偿收回土地的惩罚措施，正是国家行使其土地使用权的表现，而不是行政权力的行使；③在土

---

① 梁慧星主编，《中国物权法研究》（下），法律出版社，1988年6月出版，第676页。

② 同①，第685页。

③ 南路明、肖志岳，《中华人民共和国房地产法律制度》，中国法制出版社，第33页。周岩、金心，《土地转让中的法律问题》，中国政法大学出版社，第110－112页。

④ 赵红梅，《房地产法研究》，中国政法大学出版社，1995年8月出版，第103页。

地使用者违约时，民事责任和行政责任（因损害国家利益）是分立的，土地使用者不仅要向出让人承担违约责任，而且国家土地管理部门也可以追究其行政责任；④土地出让金并不是一种管理手段，而是土地使用权的商品价格。[①] 在此，有必要分清房地产开发与地上权的关系，房地产开发是城市建设过程中必将采取的措施。在土地私有制国家中很难形成大规模土地开发，而在我国却需要采用大规模的房地产开发方式促进房屋、土地、基础设施、生活服务设施配套开发建设，加速城市的扩建和改建。“城市土地开发的主要目的是为了满足城市建设发展和人民物质、文化生活的需要，提供新的建筑地段，扩大可利用面积和提高旧城区的土地利用深度。”[②] 城市土地开发包括新区的土地开发和旧城区的土地再开发。新区的土地开发是指把已开发的农业用地或未开发的荒地改变为可供城市建设使用的建筑用地。其主要内容是根据各种建设项目的不同需求，进行基础设施建设，把土地改造成为可直接用于建筑的地段，包括通水、通电、通车和平整场地等，即一般称谓的“三通一平”、“五通一平”或“七通一平”等，新区的基础设施建设是城市各项建设的前期工程；旧区的土地再开发主要包括原旧房的拆除、迁移和对原有的基础设施进行改造和增设等。[③] 为解决新区开发和旧城改造中涉及的新问题，世界各国的立法都以特别法的形式对此做出专门规定，例如，德国将城市再开发定义为：“为了消除城市建设上的缺欠，规定在一定地域内，拆除旧建筑物，修建新建筑物，这种通过建筑物的现代化，根本改善城市的措施叫做城市再开发。”德国城市再开发的主体是公共部门，当然有的事项亦可以委托私人企业进行，1986 年将原有的《城市建设促进法》和《联邦建设法》合并在一起，公布了《建设法典》（Bau GB），以综合保护房地产所有权、地上权、居住权者的利益。[④] 法国于 1967 年根据《土地基本法》新设一种协议建设区域制度（ZAC），把市区新建和改建事业委托给民间企业办理。纯粹委托私营企业甚少，主要是委托给以地方政府为中心设立的混合经济开发公司。在大城市地域内，主要是由直营的开发公司办理。在编制计划方面，资金方面，地方政府发挥的作用很大。ZAC 的承办单位在协议建设区域内取得不动产，把基础设施，公共设施修建完成后，可以分让给其他建设单位。经过 ZAC 综合开发后的土地，除了住宅建设外，还可建设商业设施、工业设施、办公场所、公共或居间的公共利用设施。[⑤] 在日本 1954 年公布了《土地区划整理法》，为处理在城市工发区内地主资本家的土地和建筑物上权利义务关系的改变作出准备。1960 年公布《住宅地区改良法》，1969 年公布《城市再开发法》，

① 王利明，《物权法论》，中国政法大学出版社，1998 年 4 月初版，第 592 - 598 页。
② 林增杰、沈守愚，《土地法学》，中国人民大学出版社，1989 年 8 月初版，第 191 页。
③ 同②，第 192 页。
④ 赵尚朴主编，《城市土地使用制度研究》，中国城市出版社，1996 年 8 月初版，第 114 - 116 页。
⑤ 同④，第 121 页。

1974年公布《国土利用计划法》，促进城市的开发。[1] 在世界各国均是将此事业作为由国家、政府出面推进的公共事业来看待，在我国国有土地使用权出让中，更确切地说是国家利用设定土地使用权的方式委托私营企业来进行土地开发，以达成政府公共事业促进之目的。可见，从土地使用权之权利性质上说是一种民事权利，政府作为市政管理者又应在民事合同之外围以必要的措施保护自己的利益。在国有土地使用权出让合同中，国家仅作为土地使用者以一种单一的身份出现，与土地使用者签订民事合同，并受到土地使用权出让合同各条款的约束；但在城市土地开发立法之中国家无法具有双重身份，这也正是现实中产生的实际情况，国家以用行政手段保护公共利益不受损害。

3. 在传统民法理论中，法定地上权的情形有二：一为因房屋土地本属于一人所有，而仅以房屋或仅以土地为抵押，于拍卖房屋或土地时，视为已有地上权之设定；二为土地及房屋同属一人所有，而以土地及房屋为抵押，经拍卖后，如土地及房屋之拍定人各异时，视为已有地上权之设定。在我国，由于只有国家和集体经济组织享有土地所有权，而国家不存在抵押土地问题，因而当集体经济组织将集体所有的房屋或土地其中之一抵押时，在拍卖房屋或土地时，应有法定地上权的成立。其次，当集体经济组织将土地和房屋作抵押，在抵押物拍卖时，土地及房屋的拍卖人各异时，也会产生法定地上权。

4. 我国地上权能否因取得时效而产生，笔者认为我国因采取地上权应取得时效而产生的规定。原因在于：①目前我国地上权登记制度不完善，又经历了法制不完备的历史时期，我国土地登记制度需要有相当长时期才能真正完善起来，土地权利证明残缺现象严重，设定地上权取得时效制度，对于许多城市居民私房宅基地、农村居民宅基地使用权来说，可以促使地上权人及时进行地上权登记，以确定地上权之归属，从而促进我国地上权登记制度的完善。②已和平公然享有他人未登记之地上权的人，亦可因取得时效制度，获得法律保护和权益。③土地制度是涉及期间相当长的制度，尤其在我国物权制度初创阶段，设定地上权取得时效制度，作为一种防范性质的法律规范，其作用是有益而无害的。

三、地上权人的权利和义务

从各国立法律来看，可将地上权人的权利与义务概括如下：

（1）土地使用权，地上权人享有依约定的用途、范围合理使用土地的权利。

（2）地上权之物上请求权，与所有权相同，地上权人亦享有返还请求权、排除妨碍请求权、妨害防止请求权。

（3）自由处分权，地上权人一般可将地上权转让、出租、抵押、赠与、继承，但并不排除契约另有订定或有习惯存在时从约定或从习惯。例如台湾民法

---

[1] 赵尚朴主编，《城市土地使用制度研究》，中国城市出版社，1996年8月初版，第129-130页。

典第838条规定。“地上权人，得将其权利让与他人，但契约另有订定或另有习惯者，不在此限。”学者认为，地上权抵押与地上权让与相同，亦受特约限制。“地上权当事人既得以特约禁止让与，解释上亦得以特约禁止设定担保。其特约依日本民法典解释，惟于当事人之间发生债权效力，然而在我民法应解释非法登记，不得对抗第三人，与禁止让与之特约同。”① 关于地上权之出租，史尚宽先生认为，其以设定行为禁止出租者，非经登记，不得对抗第三人，于出租于他人时，地上权人就该他人之行为，应负全责。②

（4）地上权有在地上权人之间及地上权人与土地所有人之间准用相邻关系的权利。

（5）地上权人得抛弃地上权，抛弃地上权是地上权人的自由。中国台湾民法典第834条规定：地上权未定有期限者，地上权人得随时抛弃其权利，但另有习惯者，不在此限。中国台湾民法典第835条规定有支付地租之地上权，无论期限长短，均可以抛弃，但地上权人应于一年前通知土地所有人，或支付未到期之一年的地租。此两条规定均系仿效日本民法典第256条第1款规定。谢在全先生认为，地上权已为抵押权之标的物者，地上权之抛弃将影响抵押权之存在，故无论有无地租的支付，有无期限之约定，均非经抵押权人之同意不得为之，否则对其不生效力；地上权抛弃必须采取书面形式。地上权之抛弃系有相对人之单独行为，应向土地所有人以意思表示为之。惟地上权之抛弃为处分权行使的形态之一，乃系依法律行为而使地上权消灭，故仍应以书面为之。③

我国地上权权利义务已有法律作出了部分规定，出让形成的国有土地使用权的土地使用者的权利义务可以归纳如下——土地使用者的权利为：①土地使用权，应按照土地使用权出让合同的规定和城市规划的要求合理使用土地。②变更土地用途权，土地使用者需要改变土地使用权出让合同规定的土地用途的，应当征得出让方同意并经土地管理部门和城市规划部门批准，依照有关规定重新签订土地使用权出让合同，调整土地使用权出让金，并办理登记。③处分权，土地使用者有权转让、出租、抵押土地使用权。④土地使用权期满后的申请续期权。土地使用者的义务是：①支付地租义务，土地使用者应在签订土地使用权出让合同后60日之内，支付全部土地使用权出让金。逾期未全部支付，出让方有权解除合同，并可请求违约赔偿。②土地使用者应当遵守国家法律、法规的规定，并不得损害社会公共利益。

我国地上权人权利义务的规定是不严密的，有许多缺陷和空白需要填补，使我国地上权人的权利义务系统化、规范化，可以更好地维护地上权人对于国

---

① 史尚宽，《物权法论》，1957年版，第179页。
② 同①，第177页。
③ 谢在全，《民法物权论》（下），1995年9月修订版，第445页。

家和集体土地所有者及对于其他地上权人的权益，更好地平衡国家、集体作为土地所有者和土地使用者的利益。由于我国土地使用者只能从国家或集体经济组织那里取得土地的使用权。在物权法定主义下必将制约国家、集体的利益，为此以法律明确详细地规定地上权的内容，就成为维护国家、集体利益的手段。在地上权设定合同中如何对权利义务的约定加以详细的规定，是维护国家、集体利益的关键所在。

如何确保国家、集体经济组织的权益，又要保护土地使用者的合理的民事权利不受到国家和集体经济组织的干预。目前国有土地使用权出让合同的内容一般包括：合同主体、合同标的、出让金的数额、支付方式和支付期限、出让期限、建设规划条件、合同的变更、订金、违约责任、土地使用权转让、出租、抵押的条件、合同生效和终止的条件、合同争议的解决、合同有效文本、签约时间和地点、合同附件等。国家可以将对土地使用者提出各种要求，规定在建设规划条件中。建设规划条件又称土地使用条件，是国家对土地在类别、用途、覆盖率、容积率、地上物高度、外观及配套设施等方面的具体要求。此类内容一般以合同附本的形式专门做出规定，但其与合同正本具有同等法律效力。[①] 依据《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第10条规定，土地使用权出让的地块、用途、年限和其他条件，由市县人民政府土地管理部门会同城市规划和建设管理部门、房产管理部门共同拟定方案，按照国务院规定的批准权限报经批准后，由土地管理部门实施。各地政府就出让土地均提出了土地使用权出让方案，并最终成为国有土地使用权出让合同中当事人约定的主要内容。这种土地使用权出让方案中提出的要求更多的是城市规划要求。例如北京市规定、土地管理部门应向预期受让者提供资料，主要有：①土地的位置、四至范围、面积及地籍图；②土地的规划和建筑容积率、密度、净空限制等项规划要求；③建设项目的完成年限，必须投入的建筑费用和发展面积的最低限度；④环境保护、绿化、卫生防疫、交通和消防等要求；⑤市政公用设施现状和建设计划或规划设计要求；⑥地块的地面现状；⑦出让的形式和年限；⑧出让金的付款方式和要求；⑨土地使用者的义务和有关的法律责任；⑩需要提供的其他资料。辽宁省规定土地使用权出让前，市、县人民政府土地管理部门应当会同有关部门向申请用地者提供下列资料：①土地的位置、面积、四至、地形图、地面现状和基础设施情况；②工程地质和水文地质的主要特征；③土地用途、建筑密度、容积率和净空限制；④环境保护、绿化、交通、抗震等要求；⑤出让年限和方式；⑥其他方面的有关资料。天津市和上海市的有关规定亦大至相同。笔者认为，这种由土地所有者向地上权人提出的要求涵括了国家为了保障公共利益而提出的最大限度的要求。划拨的国有土地使用权，宅基地使用权和乡（镇）村建设用地使

---

① 赵红梅，《房地产法论》，中国政法大学出版社，1995年8月出版，第91页。

用权应当比照该规定，由一定的法律程序形成土地所有者的要求。

各国立法例所坚持的精神均将对地上权人之保护放在首位，这是由于所有权人在私有制经济条件占据优势地位，如任其约定各种苛刻的条款，逼迫地上权人接受以获取不合理的利益，将有损于地上权设定的宗旨，在地上权人支付地租之外，还要受到各种不合理的约束，对于土地所有人来说过于宽容，使原本借地而居的地上权人更处于不公平的境地，因而土地所有权人订定各种条款的自由已被废止，土地所有权人只能在地上权制度所规定的权利之中加以选择，使其权利受到制约以保护地上权人的利益。笔者认为，在我国应以地上权人和土地所有者利益平衡为原则，建立我国的地上权制度。

笔者认为，在设计我国地上权人的权利义务内容时，应借鉴中国台湾、日本民法关于地上权的规定，因为中国台湾、日本民法中地上权设定目的与我国大陆地上权设定目的相同。此外，我国大陆地上权人还应负担一系列特殊的法定义务，如严格执行国家规划的义务，及时、合理进行土地开发的义务等，这些法定义务有助于保障国家、集体公共利益，达到城市国有土地开发利用的目的。我国地上权的内容应包括：

1. 地上权人的权利

(1) 占有权。地上权人对土地有实际控制的权利。

(2) 土地使用权。依传统民法理论，地上权人所享有的土地使用权仅是在不损坏土地或变更其性质时，依土地之用法而加以使用的权利，是一种消极静态的使用权，我国地上权理论亦应采取这一原则。地上权人具有土地使用权通常认为是依登记用途而使用土地的权利。

(3) 收益权。地上权人对土地享有合理利用并获得自然慈息与法定慈息的权利。

(4) 地上权之物上请求权。地上权人应享有建筑物之返还请求权、妨害除去请求权、妨害防止请求权。地上权之物上请求权既可对第三人行使，亦可对所有人行使。

(5) 处分权。一般而言，我国地上权人有权自由转让、出租、抵押、赠与、继承其地上权，但应受到限制。对地上权人之处分权的限制有二：一是法定限制；二是约定限制。法定限制有：A、未按国有土地使用权出让合同规定的期限和条件投资开发、利用土地的，土地使用权不得转让。[①] B、未按土地使用权出让合同规定的期限和条件投资开发利用土地的，土地使用权不得出租。[②] C、未经市、县人民政府土地管理部门批准并办理土地使用权出让手续，交付土地使

① 《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第19条。
② 同①，第28条。

用权出让金的土地使用者，不得转让、出租、抵押划拨土地使用权。[①] 约定限制是指土地所有者与地上权人就地上权的转让、出租、抵押另有禁止性约定并经过登记而生效，未经登记不具有对抗第三人效力。

（6）相邻关系的准用。

（7）变更土地用途权。土地使用者需要变更土地使用权出让合同规定的土地用途，应当征得出让方同意，并经土地管理部门和城市规划部门批准，依照有关规定重新签订土地使用权出让合同，调整土地使用权出让金，并办理登记。

2. 地上权人的义务是：

（1）支付地租义务。

（2）合理使用土地的义务。

（3）严格执行国家土地规划的义务。

四、地上权的消灭

我国地上权消灭原因主要有：期限届满、国家征收、土地所有权人撤销、土地灭失、抛弃、混同。[②]

目前，关于国有土地使用权消灭的效果规定是：（1）出让国有土地使用权期满，土地使用权及其地上建筑物，其他附着物所有权由国家无偿取得。（2）无偿取得划拨土地使用权的土地使用者，因迁移、解散、撤销、破产或者其他原因而停止使用土地的，市、县人民政府应当无偿收回其划拨土地使用权，市、县人民政府应对其地上建筑物、其他附着物根据实际情况给予适当补偿。（3）在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，对土地使用者依法取得的土地使用权依照法律程序提前收回，并根据土地使用者已使用的年限和开发、利用土地的实际情况给予相应的补偿。关于宅基地使用权和乡镇村建设用地使用权终止后的处理办法尚无规定。

在地上权期限届满后，土地所有者如何收回土地，地上权人又应有哪些权利。《德国地上权条例》第27条规定：因期限届满而消灭地上权时，土地所有权人对地上权人应建筑物承担赔偿责任。双方当事人可以将该赔偿的数额、支付的方式及其排除等作为地上权的内容在协议中约定。土地所有权人在地上权的期限届满之前根据推测的建筑物的状态为地上权延长了期限时，可以拒绝履行前项赔偿义务，地上权人拒绝这一延长的期限时，则丧失赔偿请求权。[③] 台湾民法典第839条仿效日本民法典269条，规定地上权消灭时，地上权人得取回其工作物或竹木，但应恢复土地原状，如土地所有人以时价购买其工作物或竹木时，

① 《划拨土地使用权管理暂行办法》第5条。
② 梁慧星主编，《中国物权法研究》（下），法律出版社，1998年6月出版，第688-700页。
③ 孙宪忠，《德国当代物权法》，法律出版社，1997年7月出版，第237页。

地上权人不得拒绝。由于工作物常常有利于土地的经济利用，对于土地所有人如有益处，则土地所有人不妨优先购买之。如果地上权是对于建筑物而言，则适用第 840 条规定，该条规定系来源于德国立法例，但有变通。地上权人之工作物为建筑物者，如地上权因存续期间届满而消灭，土地所有人应按该建筑物之时价为补偿，但契约另有订定者，从其订定。土地所有人，于地上权存续期间届满前，得请求地上权人，于建筑物可得使用之期限内，延长地上权之期间。地上权人拒绝延长者，不得请求前项之补偿。如此规定，旨在促使地上权期限尽可能地延长至建筑物之存续期满，使地上权人的利益得到保护。

我国地上权设定期限的有出让国有土地使用权和出让农村建设用地使用权两种类型。对出让国有土地使用权来说，土地使用权期限届满，土地使用者需要继续使用土地的，应当最迟于届满前一年申请续期。除根据社会公共利益需要收回该幅土地的，应当予以批准。经批准准予续期的，重新签订土地使用权出让合同并支付出让金。土地使用权出让合同约定的使用年限届满，土地使用者未申请续期或者虽申请续期但未获批准的，土地使用权由国家无偿收回，地上建筑物、其他附着物所有权由国家无偿取得。在 1994 年制定《房地产管理法》时，就土地使用权期满后地上物如何处理，产生两种相反的意见。一种意见认为，应当规定地上建筑物同土地使用权一起由国家无偿收回，一种意见认为，规定地上物无偿收回不妥，应当规定给予一定的补偿，或者在合同中可以约定给予适当补偿，或者按到期的建筑物残值给予补偿，并由后来的土地使用者承担这项费用。法律委员会研究了各方面的意见后认为，这个问题比较复杂，涉及到物权问题，应在物权法中规定，本法可以不作规定。[①] 实际上将该问题搁置下来，并依然执行《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第 40 条的规定。学界理论均认为“无偿取得”之规定不合理，应由国家进行补偿。有学者认为，应当赋予基地使用权人以补偿请求权，在基地使用权期限届满时，原基地使用权人拥有以下选择权：可以收回地上物，恢复土地原状；不收回地上物，请求土地所有人补偿。[②] 有的学者认为，出让土地使用权人已没有义务向国家另行支付补偿，反而有权要求国家按建筑物的实际价值给予公平的补偿。《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第 40 条的规定有违我国在建筑物所有权问题上一贯实行的“谁投资，谁所有”的政策和保护财产所有权的原则，也有违民事主体平等原则和公平交易原则。[③] 亦有学者提出如下立法建议：（1）适当延长土地使用权的年限，使其超过或接近一般建筑物的使用寿命；（2）不延长土地使

① 房维廉主编，《中华人民共和国城市房地产管理法释义》，人民法院出版社，1995 年 10 月第 2 版，第 238 页。

② 梁慧星主编，《中国物权法研究》（下），法律出版社，1998 年 6 月出版，第 690 页。

③ 王卫国，《中国土地权利研究》，中国政法大学出版社，1997 年 5 月初版，第 168 页。

用权的年限，只规定当土地使用权期满而收回土地使用权时，由国家对地上建筑物、其他附着物按其尚存价值进行补偿；（3）不延长土地使用权年限，而规定当土地使用权期满而地上物尚存价值时，土地使用权人可以在与政府续签土地使用权出让合同和终止合同请求政府对其进行补偿两种方式中任选其一。[①] 笔者认为，赋予土地所有者“补偿义务”可促使土地所有者尽可能地延长地上权期限，直至建筑物价值所剩无几，从而最大限度地保护地上权人的利益。对于建筑物来说，所有权人很难将其收回并恢复土地原状，只能尽可能地延长对建筑物所在土地的利用时间直至建筑物丧失使用价值，这就要尽可能地延续地上权存续时间，如果土地所有者没有财力补偿，就应当延长地上权存续期间。在我国《房地产管理法》中已规定土地所有者除为公共利益之外，一般应延长土地使用权期间，至于延长期限的长短，则应依建筑物估测的使用时间为标准，在重新签订的土地使用权出让合同中加以规定。如地上建筑物具有剩余的价值，土地所有人不加以补偿而无偿收回，无疑是对地上权人之建筑物所有权的侵犯和剥夺，是违反公平原则的。

① 赵红梅，《房地产法论》，中国政法大学出版社，1995年8月出版，第101页。

第八章　农地使用权制度研究

第一节　各国（地区）农地制度改革比较研究

我国农地制度历经波折，最终确定了延长土地承包经营权期限，稳定土地承包经营机制的政策，我国农地制度目前的改革和今后的发展，均离不开整个经济建设的总体布局，农业经济作为国民经济的重要组成部分，其在国家工业化进程中起着至关重要的作用，同时也需要农地制度随着工业化进程的发展，而作出相应的调整，因而在吸收和借鉴各国工业化进程中农地制度改革的经验，总结农业经济、农地制度发展规律的基础上，制定我国的农地使用权制度是十分必要的。只有这样，才能将我国农地使用权制度改革置于整个经济发展进程之中，从而找准其发展的方向和道路。

一、台湾省的农地制度改革

我国台湾省的土地制度是与其经济发展紧密相关的，正是由于台湾是一个后进发展地区，其工业化及现代化进程中必将对其土地制度加以变革，这种经济决策与土地制度及相关法律制度之间的密切联系是十分明显的，台湾的经济发展道路，尤其是对于农地制度所采取的政策和措施，对我国大陆农地制度改革具有借鉴价值。

在1894年中日甲午战争之前，台湾处于传统经济平稳发展阶段，在明代郑氏家族治理下和清代前中期，传统农业都是得到了一定的发展。中日甲午战争之后，台湾成为日本的殖民地，日本殖民者于1898年公布《台湾地籍规则》、《台湾土地调查规则》等法令，设立土地调查局，先后对土地、林野进行了调查，又通过开垦荒地，改进灌溉技术，使台湾耕地面积迅速扩大。殖民地当局实行“丈地归官”和“土地所有权申报制度”，将部分耕地和林地、猎场等土地收归官有。1911年又公布《土地收买规则》，用极低的价格强制征购台湾耕地，除用于建筑公路、铁路、港湾和其他公共设施外，其余均供移民之用。此外，日资糖业公司及农场也以“所有地”、“佃权取得地”、“借入地”等名义取得了大量土地①。大量农民丧失土地而成为佃农，从1910年到1931年，台湾自耕农人数由70.3万多人增加到74.6万多人，仅增加6%；半自耕农由49万人增至81万人，增长了65%；佃农由89.2万多人增为102.6万多人，增长15%。如果以农户计算，在日本占领时期，佃农始终占全部农户总数的40%左右，自耕农与

① 史全生主编，《台湾经济发展的历史现状》，东南大学出版社，1992年10月初版，第65页。

半自耕农各占30%[①]。拥有土地不到0.5甲的农户，约占农户总数的30%以上，他们拥有土地不到5%；拥有5甲以上土地的地主，只占农户总数的4.6%，却拥有全部私有土地的30%以上。日资企业，如台湾、大日本等五家制糖公司和三五公司的源成农场，占有土地11.9万甲，约占全部耕地的13.4 %，日本拓殖会社等10家公司，亦拥有耕地14.52万甲，约占全部耕地面积的17.5%[②]。

台湾光复后，因没收日人土地，使得公有土地数量大增，为了增加财政收入，台湾地方政府将公有土地除拨出一部分归省署各机关及公营企业单位使用外，绝大部分均出租给无地及少地的农民耕种，农民向政府承租土地、贷款、种籽，并向政府缴纳地租而不再负担田赋，但是农民作为佃户的身份和经济地位依然未有改变。私有土地的地租剥削十分沉重，台湾地租大都实行分租制，在收成后，业主和佃户各按一定比例分成，一般都是“五五对分制”或“业六佃四分”，在新行地区，地租率甚至达到70%，而且台湾租佃期限不稳定，大都实行口头的不定期或一年左右的短期租约，地主可以随时撤佃或增租，因而国民党迁台后，有必要对封建租佃关系进行改革。

台湾土地改革经历了三个阶段，第一阶段于1951年6月7日公布“耕地三七五减租条例”，主要内容是规定台湾省私有耕地租用的最高租额不得超过主要作物正产品全年收获总量的37？5%。限定租佃期限不得低于六年，其原约定租期超过六年的，依其原约定。耕地租约应一律以书面形式为之，租约的订立、变更、终止或换订，应由租佃双方会同申请登记。租约在租佃期间未届满前，非有以下情形不得终止：①承租人死亡，而无继承人时；②承租人因迁徙或转业，放弃其耕作权时；③地租积欠达两年之总额时。此外，还规定了地租减免的办法，在遭受自然灾害或其他不可抗力因素致农作物歉收时，得依条例规定之程序申请减租。耕地因灾歉致收获量不及三成时，应予免租。对于农村租佃中普遍存在的押租问题，予以禁止，出租人不得预收地租及押租金；对于地主收回土地自耕，作了限制，有下列情况之一的，出租人不得收回耕地自耕：①出租人不能自任耕作；②出租人所有收益足以维持一家生活；③出租人如收回自耕，将致承租人失其家庭生活依据。此外，耕地出卖或出典时，承租人有优先承买权，实施“三七五减租”后，租佃剥削得以减轻，佃农生活显著改善，农业生产有了显著增加。第二阶段是采取“公地放领”措施，放领公地的范围是本省境内属于“中央”及省之公有耕地，放领对象依如下程序承领：该放领公地之现耕农、雇农承领耕不足之佃农、耕地不足之半自耕农、无土地耕作之原土地关系人而需要土地耕作者、转业为农者，放领公地地价，按该土地全年

---

① 史全生主编，《台湾经济发展的历史与现状》，东南大学出版社，1992年10月初版，第65页。台湾省行政长官公署统计室编印：《台湾省五十一年来统计提要》，第541页。

② 周宪义，《日据时代台湾经济史》，台湾银行编印，1958年，第468页。

正产物收获总量的两倍半折成实物计算，地价分10年摊还，其每年摊还数额，包括应纳田赋及土地税，以不超过所领土地全年正产物收获量37? 5%为准。“公地放领”政策旨在将公有土地有偿转让给无地或少地的农民，使农民在还清公地地价后成为自耕农。第三阶段是实行“耕者有其田”政策，“实施耕者有其田条例”规定，地主可以保留出租耕地7等则至12等则水田3甲，其它等则的水田及旱地依标准折算，其基本做法是“政府”通过立法，以一定的地价“征收”地主超过法定保留数额的土地，再以相同的价格围转放给农民，使农民以分期付价的形式有偿地取得土地所有权。其基本思路是，通过法律上的强制征收，有偿地、和平渐进地转移地主对私有土地的所有权，从而废除传统的租佃制度，达到使台湾农村土地占有平均化的效果，建立一种新型的以自耕农为主体的农村社会结构①。

台湾三个阶段的农地改革，成效是显著的。在三七五减租之后的一年内，台湾省共有29.6万多户佃农重新订立了租约，占当时全省总农户的45%。新订租约包括的耕地面积共26.4万多甲，其中水田22.7万多甲，旱田1.6万多甲，其余为农舍、晒场等农事用地②。从1948年～1953年先后共进行了五次公地放领，计有10.6万多甲转让给农民，其中9万多甲是公开出售的。在公开出售的土地中，实际卖出的只占69.5%，约6.3万多甲，其余2.7万甲因不宜耕作而不再出售。承领农户约12.2万户，占当时佃农、自耕农及雇农总户数的26.7%，全部农户数的17.3%③。在“耕者有其田”政策于1953年底结束时，共有14.3万多甲耕地被征收放领，被征收土地的地主达10.6万户，承领农户19.4万多户。在承领的农户中，有68%的农户全部承领了他们作为佃农或雇农时佃耕的土地。1953年，有近2.9万户佃农直接从地主手中购得土地1.5万多甲，加上当局放领的农户，这一年拥有自己土地的农户达22.3万多家，拥有土地近16万甲。这样，在台湾私人拥有的耕地中，自耕农在佃农拥有土地的比例，由过去的61.4：38.6提高到84.8：15.2，以自耕农为主的农业结构已经形成④。

台湾第二次农地制度改革发生在20世纪70年代，有鉴于20世纪60年代台湾农业发展速度放慢，农民收入降低，由农业养工业的政策已达成，至此又复需要扶持农业，因此台湾当局于1973年颁布了《农业发展条例》，此条例是台湾省第一部关于农业政策的基本法律。该条例规定：奖励发展农场，减免部分税收，以减轻农民负担，以法律形式确立小农共同经营和委托经营的合法地位。1982年11月，台湾当局公布了《第二阶段农地改革方案》，其宗旨在于推进共

① 郑定，《台湾的经济发展与法律调整》，中国人民大学出版社，1997年5月初版，第205～206页。

② 毛育刚，《台湾土地改革之经济研究》，载《台湾农业发展论文集》，（台北）联经出版事业公司，1975年。

③ 史全生主编，《台湾经济发展的历史与现状》，东南大学出版社，1992年10月初版，第187页。

④ 同①，第188页。

同经营、委托经营及合作经营，扩大农场规模，改变农业经营规模过小的局面，以便农业机械化的推广。在扩大农场经营规模方面的主要政策和措施有：①协助农民购买耕地，对购买耕地的农民提供长期低息贷款，扶助其达到农场经营的规模。购地以小农出售的土地为主，以减少小农的户数。②推进共同经营，委托经营及合作经营，在不影响土地所有权的情况下，将农民组织起来共同经营，以扩大农场规模。③加速办理农地重划，通过交换耕地，使耕地整齐集中，并使每一块耕地都临近道路，并可直接排灌，以利于机械化的推行。有关部门在资金和农田基本建设上予以协助。1983 年 8 月在第四次修订《农业发展条例》时，进一步打破旧时农地法令对于扩大农场经营规模的限制，相关主要规定有：①委托经营不受《三七五减租条例》的约束，租率可自行协商决定，不受最高 375‰的限制，以鼓励劳力不足或有零星土地的小农的委托经营的方式出租土地。这样既可以扩大农业经营规模，又可扩大耕地面积，使已经废耕的零星土地再投入生产。②为扩大家庭农场经营规模而购置毗邻耕地，或交换耕地，其新增耕地减免田赋 5 年，购地所需资金亦可由当局提供长期低息贷款。③继承农场土地并继续耕种者，免征遗产税、赠予税，并且免征田赋 10 年等。但是，第二次农地改革的效果不明显，台湾平均每户农民拥有耕地数量由 1973 年的 1.02 公顷上升为 1986 年的 1.15 公顷，又由于农民多不愿将土地转让，即使兼业农民亦复如此。因此第二次农地改革的扩大土地经营规模，以实现农业机械化，现代化的目标难以实现。

台湾的农地改革，其宗旨是建立以自耕农为主的农业经济，在第一次农地制度改革后这一目标基本实现，并且有效地推动了农业经济的发展。但在台湾工业化已相当成熟的时期，农业经济的地位下降，再加上农地私有制难以有明显的变革，农业经济在规模化经营水平上提高缓慢；总的来说，台湾农地制度及其工业化进程之间的关系是比较典型的。

二、日本的农地制度改革

明治维新时期，1868 年宣布土地私有，废除了封建土地所有权，并改革了土地税制，通过丈量土地，确定一地一主及其地价，取消土地不得买卖和农民不能自由种植的禁令，并废除封建的身份制，准许农民自由流动（自由居住和选择职业）[①]，这样就用资本主义土地私有制代替了幕藩领主的封建土地所有制。但由于大地主、大商人的巧取豪夺，农民租佃剥削相当严重，至 1941 年日本租佃耕地占耕地总数的 46%，佃农和半自耕农各占农户总数的 28%和 41%，两者合计高达 70%[②]。至 1945 年末农地改革前夕，仅占农户总数的 3.3%的地主，拥有耕地总面积 40%以上，而占农户总数 3/4 以上的农民，占有耕地还不到耕地

① 丁济霁主编，《国外农业经济》，中国人民大学出版社，1987 年 11 月初版，第 303 页。
② 赖泽源，《比较农业制度》，经济管理出版社，1996 年 1 月初版，第 68 页。

总数的1/4，半封建土地租佃制度盛行[①]。

第二次世界大战后，在驻日美军的控制下，日本土地制度进行了彻底的改革，1946年11月公布了《自耕农创设特别法案》、《农地调整法改正法律案》等法律，采取如下措施改革土地制度：①由国家征购下列土地：不在村地主的全部出租地，限制在村地主保有的土地面积，规定最多为1町步（北海道为4町步），其超过部分的出租地由政府收买；每一农户的自耕地总计不得超过3町步（北海道为12町步），其超过部分由政府收买。②国家把征购来的土地，以一定的代价卖给佃农和“有能力的经营者”；③废除实物地租，改为货币地租，规定水田的地租率不得超过收成的25%，旱田为15%以下；④购买土地的农民可以一次付完地价，也可以3.2分年利在30年内付完。若年付金额和公租加起来超过当前产值的1/3，则对当年利息予以减免。到1949年末，农地改革基本上完成，通过农地改革，被处理的地主土地，达193万町步，相当于改革前租地面积的约80%；地主达125万户，买到土地的农户达430万户，相当于农户总数的3/4；改革前拥有74万町步的不在村地主的租地，基本上被处理；拥有162万町步的在村地主的租地，减少了70%，只剩下8万町步。改革前达40%的出租土地率减少到10%，到了1950年，不耕作户不到9万户，占农户总数的6.1%，出租土地面积也仅占耕地面积的5.9%，而且出租土地者，绝大多数是兼业耕作者。[②]

日本在经历了相对彻底的土地所有制改革后，建立了以自耕农为主的土地小私有制经济。随后，由于日本工业的高速发展，不仅促进了农业科技和机械化，而且由于工业发展吸纳大量农业人口，致使日本农业出现了兼业化严重，农户数减少，耕地减少，农业人口老化，农户与非农户杂居的现象。1952年，为了防止地主制和租佃制复活，巩固建立起来的自耕农制度，颁布了《农地法》，对30公亩以下的小农户和超过3公顷以上的大农户限制取得土地。由于小农地所有制已难以适应农业现代化、机械化的需要，为了促使农地的规模化经营，1961年日本政府规定了《农业基本法》，促进自耕农的分化，计划在10年内让60%的中下层农民从农业中淘汰出去，转化为城市雇佣工人。为此，1962年又修改了《农地法》，取消了上述限制，这一政策促使大批农民转移出农业，加重了城市的负担。至1971年，农业人口向城市转移达4340多万，占就业人口比重的85%，相反农业人口急剧减少为760多万人[③]。但是，由于日本农民兼业化普遍，农业并不以农地生产为主要经济收入，且地价始终上涨，因此，农业对土地“惜卖”，土地规模经营进程缓慢。为此，日本政府于1972年第三次修订

① 金明善，《现代日本经济论》，辽宁大学出版社，1996年12月初版，第72页。
② 同①，第74—75页。
③ 同①，第349页。

《农地法》，其主要内容是：①放宽保障佃耕权的规定，租佃双方同意解约以及10年以上的土地租赁合同拒绝续约时，再勿须经都道府县知事批准；②放宽出租耕地的限度，容许不在村地主拥有1公顷以下的租田，新开垦的自耕地可以自由承租；③取消农户或农业生产法人取得土地所有权面积的最高限额，并将下限提高为0.5公顷；④取消地租最高额的限制，设立标准地租额制，由市町村农业委员会决定地租标准；⑤放宽成立农业生产法人的条件，取消农业生产法人租入土地的限制；⑥准许农业协同组合从事农业经营信托业务。这说明自耕农为核心的体制被突破[①]。

1980年5月，日本政府又公布《农用地利用增进法》，并对《农地法》进行修改。所谓农地利用增进事业，就是要发挥地方自主权，赋予市町村以自主调整农地利用关系的权利，以促进借地方式的农地流动，鼓励借地经营。

《农用地利用增进法》基本内容包括：①以借地方式为中心，促进农地流动，培育“中核农户”。有关农地流动的各项措施，由市町村统一处理安排；②以地域为单位，在地域内的农协与农户协商一致的基础上，组成农用地改善团体，因地制宜地改善农用地利用关系，促进土地集中连片。③由农协出面调停，使核心农户和生产合作组织接受农户的农作业委托，通过发展农作业委托事业达到事实上的经营规模扩大。

《农业法》修改内容包括：①进一步放宽租佃关系，出租土地的农民如果希望得到口粮，地租可用实物支付；容许农地转租，新垦地亦可出租；②放宽农业生产法人有关业务工作人员的条件，以利扩大经营规模，培养后续农业从事者；③在同时修改《农业委员会法》的基础上，农地法的许多许可权限，改由农业委员会行使。[②]

尽管如此，日本农地制度依然以土地小私有制为主，农业人口兼化经营普遍，农业机械化率高，农机以小型为主，但农机利用率低，农业人口外流严重，农业人口老龄化等诸多问题始终未能得到解决。可见，日本的农地制度是在高度发展的工业化过程中受到强烈影响的农地制度。

三、韩国的农地制度改革

韩国的农地制度改革开始于1948年9月，最初是出卖“归属土地”，即将没收的曾为日本人占有的土地出卖，但这一措施还无法改变韩国的封建土地制度。“当时共有耕地222万町步，地主占有144万町步。土改前，49%的农户全靠租佃耕种，35%是半租佃”，[③]“80%的人口从事农业，其中96%的农民占有的耕地

---

① 王春鹰、姜志遥，《日中农业发展比较——战后日本的经验及对中国的启示》，辽宁人民出版社，1995年6月初版，第216页。

② 同①，第217页。

③ 尹保云，《韩国的现代化——一个儒教国家的道路》，东方出版社，1995年1月初版，第44页。

不足40%，其余均为封建地主垄断，封建的农村生产关系严重束缚着农业生产力的发展。"[①] 1949年6月，韩国国会通过土改法案，开始进行真正的土地改革，这一改革一直持续到1952年。土地制度改革的原则是，在所有制的基础上，实行土地的"有偿没收、有偿分配"，废除旧的租佃关系。具体作法是，自耕农的土地在3町步以下的不动，超过3町步的由政府有偿收买，然后将土地重新向农民分配，其地价按年偿还。地价偿还以后，农民可以买卖或转让土地[②]。土改后，韩国成为一个自耕农为主的国家，农村矛盾缓和，农业生产稳定发展，据1970年的调查统计，69%的农民完全是自耕农，24%是地主或出租土地者，佃农只占7%[③]。

但随着韩国经济起飞，其农业既无充分的内部竞争，又因为一直处在自给自足的水平和政府的进口保护政策下而未参与国际市场的竞争，因此它不仅没有创造出发展的内在动力，反而对政府依赖性日益增加。为解决这一弊端，韩国政府致力于促使农民在一定的形式下组织起来，建立和改造农业的组织机构。例如，成立土地改良合作社，1961年就达198个。1962年成立了水产联合合作社，政府则成立了农村振兴厅。此外，还鼓励农民向企业农和合作农的方向发展，目的是有意识地扩大农业生产规模，发挥农业生产的规模经济。20世纪70年代，韩国出现了一批企业农和合作农[④]。由于城乡差距的拉开，韩国政府又于20世纪70年代初发动了"新村运动"；推动农业生活走向现代化，但"新村运动"实际上成了向农村分配财富的过程，新村运动期间，虽然农村建设获得了较快的发展，却是以巨大的政府投资作为代价的，从1972年到1978年，政府开支中农业所占比例由4%上升到38%，对农业的大量补贴，是造成20世纪70年代外债急骤上升的重要原因之一，但城乡差距并没有真正解决。[⑤]

韩国的农业依然以自耕农制度为主，韩国人均拥有的耕地面积仅在0.08公顷左右，每一农户平均的耕种规模为0.85公顷，其中经营规模少于1公顷的占64%以上。[⑥] 在缺乏国际竞争力的环境下，韩国农业一直保持着家庭经营、自给自足的状况，其商品化率、农业机械化、合作化水平一直难以依托有效的机制而有所提高。

四、印度的农地制度改革

印度在英国殖民时期，其土地特点是封建领主制与柴明达尔制的共存。柴

---

① 吴春波、郭国庆，《成"龙"的奥秘——韩国经济起飞透析》，中国人民大学出版社，1993年6月初版，第112页。

② 刘旭明，《韩国经济发展之路》，东方出版社，1995年6月初版，第117页。

③ 尹保云，《韩国的现代化》，东方出版社，1995年1月初版，第45页。

④ 同②，第119页。

⑤ 同③，第233页。

⑥ 同①，第119页。

明达尔制是英国人于1793年实行的土地转授制度，最初在孟加拉及邻近地区实行，英国殖民政府向包税人征收土地税，包税人承担并交纳土地税后，剩余地租完全由包税人（柴明达尔）享有，最初土地税赋依不同省区每隔25～40年时间重新评估一次，其后土地税固定下来；随着经济的发展，向政府交纳的土地税所占比重越来越小，在印度柴明达尔逐渐成为一个地主阶级。"……通过实施"柴明达尔"制，英国人不仅得以在印度造就出一个其利益直接与英国统治挂在一起的阶级，而且也培植了一个在外地主阶级，其兴趣更多是在榨取高额地租而不是促成农业的真正进步。过度的人口压力引起对土地的高度需求。这促使柴明达尔向佃农索取过高的地租和无数苛捐杂税。整个土地制度改变的结果，出现了仅能维持生存的自然农业。"为此，印度独立后，开始实行土地改革，废除柴明达尔制度。印度农地制度改革采取有代价的征收办法，即付给赔偿费，其价格相当于被征收土地的每年地租收入的10～25倍。大部分赔偿费为政府发行的长期地价债券，极小部分为现金。到20世纪50年代中期，大约在全国38%的土地上取消了柴明达尔，国家为此付出的赔偿费共达60多亿卢比①。此外，1961年底印度政府宣布各邦实施土地持有最高限额的法律，规定超出限额以外的土地，由国家交给"村评议会"，由"村评议会"分给无地、少地的农民耕种，或交给农业合作社耕种，从而限制了大地主对土地的垄断②。印度农地制度改革具有不彻底性，柴明达尔制度被废除后，大地主阶级无论在人数还是所占土地数量上均已下降，但中小地主阶级成为印度农业制度的主要力量。印度中小地主阶级产生的原因是：①政府征收柴明达尔土地时，没有无偿分配土地于农民，而是规定，凡要得到土地者必须在一定时期内付出巨大的"赎买金"。这种"赎买金"一般高达地税的20～40倍，因而只有少数地主、富裕农民才有能力购地；②一部分柴明达尔的土地被征收，而降为中等地主；③"土地最高限额制"的实行，限制了大地主阶级的出现，制约了土地的过度集中。③

由于印度农业经济的长期徘徊，印度政府向农业大量投资，推广高产品种农作物，提高农业机械化水平，增加施用化肥及灌溉面积，而开展了一场"绿色革命"。"绿色革命"促使印度粮食产量有了显著的增加，农地利用效率提高，但由于农地制度的限制，印度的绿色革命造成了富者越富、贫者越贫的两极分化现象，在促进中小地主阶级采用现代农业技术方面是有利的，但也忽视了对无地少地农户利益的保障。此外，由于农业自身生产率无法在短期内提高，不得不由政府对农业进行大量投资，在相当程度上增加了政府的负担。至今印度的贫困问题依然是发展中国家的一个典型，一直没有得到解决。由此可见，印

---

① 四川大学南亚研究所，《印度经济》，人民出版社，1982年3月初版，第38页。
② 同①，第39页。
③ 同①，第41页。

度的农地制度改革是不彻底的，也难以适应亚洲国家的人口与农地之间存在着尖锐矛盾的状况，仅依靠政府对农业的投入无法保障农业生产长期稳定的发展。

五、越南的农地制度改革

在法国殖民统治时期，法国殖民者以登记土地为名，强迫农民交出土地契据，由于农民一般都没有契据，所以土地或被没收，或是被强行低价收购。1890年法国殖民者强占土地1万多公顷，1900年达30万公顷，1913年为47万公顷，1930年法国籍地主占有的土地达76万公顷。在越南独立前，地主阶级虽只占农村人口的2%，却占有52.1%的土地；农民人口占97%，只占36%的土地，其中59.2%的农民没有土地而被迫租地耕种并交纳高额地租。

1953年12月4日，越南第一届国会三次会议通过《土地改革法》，拉开了土地改革的序幕，1954年6月5日至8日，中央土地改革委员会举行第一次会议，讨论了《在农村划分阶级成分的暂行条例》和《关于实施土地改革的若干暂行规定》，土改中的阶级路线是依靠贫雇农，团结中农，联合富农，打倒地主阶级。农地改革于1958年正式完成，通过土地改革，在北方平原和中游地区1000多万人口的3691个乡中，有8323626人（2104138户）分到81万多公顷土地，1846000件农具和106448所房屋。

在1981年1月13日，越共中央书记处下达了《改进承包工作，将产品承包范围扩大到农业合作社的组和劳动者个人》的第100号指示，实施土地承包制。该指示包括三个内容：一是牢牢掌握改进承包工作的目的、原则和方向；二是改进承包形式，扩大产品承包范围；三是加强指导和组织实施。新承包制是把水稻生产过程中的8个环节分成两部分：插秧（栽插）、施肥管理、收割等三个生产环节承包到个人；耕种、育种、肥料、水利灌溉、防治虫害等5个生产环节，承包给集体，即由合作社和生产队领导的各个专业队集体承担，超产受奖，减产受罚。有些生产环节可根据各地各个合作社的具体情况而定。承包指标一般是以前3至4年的平均水平为标准。在一般情况下，超产部分全部奖励给承包者，完不成定额的承包者罚100%，奖罚以实物为主。新的承包管理机制促使合作社的各个生产单位和所有生产者真正关心生产的最终成果，鼓励大家努力生产，保证国家、集体、个人利益兼顾。

但自1986年起，越南农业持续滑坡，主要原因是农民对生产和土地的愿望得不到满足，农民得益不多，承包定额不合理，也不统一，许多地区的农民只能得到承包产量的15.2%。又由于农民得益不多，而不愿增加投入，以及1985年物资价格上涨，农民承包超产部分难以补偿生产所付出的经费，欠国家和合作社的债务日增，因而急需对土地承包制加以改革。

1988年4月5日，越共中央政治局作出了关于完善生产承包制的“10号决议”，其主要内容是：重申承认国营、集体、个体等多种经济成分共存，合作社、生产集团是农民自愿的经济组织，具有法人资格。合作社和生产集团是农

民自己管理、自己确定生产形式、规模、方向和经营方式的组织单位；完善家庭承包制，长期稳定承包土地为 10～15 年，承包定额为 5 年。原则上鼓励体现各尽所能的劳动分工。

1989 年 3 月越共六中全会作出关于改革农业管理的决议，肯定合作社和生产集团是多种生产资料所有制形式的合作经济单位；由劳动者自愿集资、出力和在民主的原则上进行管理的所有经济组织，不论规模大小、技术程度高低、生产资料集体化程度如何，都是合作社；社员家庭是自主经济单位。

1993 年 7 月 14 日越南第九届国会第三次会议通过了《土地法》（7 月 26 日公布）规定：农户对土地的使用期限将视所种作物的品种而定，用来种植一年生作物的耕地使用期为 20 年，期满可续；用来种植多年生作物的耕地使用期为 50 年。土地所有权属全民所有，农民有权转让、交换、租赁和继承他们使用的土地，有权以土地作抵押获得银行贷款。每个农户的土地占有量不得超过 3 公顷。[①] 由此建立了土地国有制，农民长期使用并可以自由流转的农地使用权制度，经过对土地承包制的改革，越南农业有了飞速发展，已成为世界稻米主要出口国。

六、拉丁美洲的土地制度改革

1492 年，伟大的航海家克里斯托弗·哥伦布发现了美洲，也从而拉开了美洲 300 余年的殖民统治的序幕。1810 年—1826 年在拉丁美洲爆发了全洲规模的独立运动。然而发展至今，拉美各国仍是“第三世界”国家，其原因正如著名拉美史学家 E.B. 伯恩斯教授所指出的，拉美“殖民地历史长时期遗留下来，并在 19 世纪得到加强的体制结构还继续存在着，结果造成了富饶的土地上生活着贫穷的人民。”[②]

最初，西班牙殖民者将征服土地和印第安奴隶以及自由印第安人采取分配制的方法加以瓜分。分配制作为对“王室土地和臣民”私自瓜分的经济制度，使得西班牙殖民者除交纳微少税金外，几乎对国王和土著印第安人都不承担任何责任。[③] 这是一种相当原始的初级土地占有分配制度，直至 1503 年西班牙女王任命的西印度总督尼古拉斯·德奥万多开始在圣多明各建立委托监护制，分配制才告终结。

委托监护制，又称为监护制（encomienda），是按照王室法律建立的政治、经济、宗教合一的制度，监护权本身不含土地赐予，监护的主要任务是使土著居民皈依天主教，按每名印第安人每年一比索的税额向国王纳税，以及负责地方治安和行政管理。[④] 监护制使西班牙国王对新大陆的控制和教化得以加强。最初

---

① 赵和曼，《越南经济的发展》，中国华侨出版社，1995 年 6 月初版，第 40—140 页。
② 韩琦，《拉丁美洲经济制度史论》，中国社会科学出版社，1996 年 1 月版，第 1 页。
③ 同②，第 9 页。
④ 同②，第 9 页。

监护只赏赐给一部分有军功和有特权地位的人，监护主虽不享有司法权、土地权和世袭权，但作为印第安人的监护者，并因分配土地，其地位相当于领主，同时造成了美洲监护主势力强盛，有与国王相对抗的力量。1531 年前后，西班牙国王在殖民地建立了“郡守辖区制”，监护主的统治权被作为王室代表的郡守所剥夺，[①] 大庄园制成为继监护制后又一支配整个西属拉美的经济和社会的制度。1720 年，西班牙王室下令正式废除监护制，这一制度在大陆中心地区已名存实亡，但在一些贫困的和时常发生战事的边远地区，监护制依然延续到了独立战争前夕。[②]

大地产制（Latifundismo）是拉丁美洲相当独特的土地制度，它影响并支配了拉丁美洲相当长时期，其遗害和影响至今犹存。大地产制主要是指大庄园、大种植园及大牧场而言，其来源于西班牙殖民者的两种惯行的土地赐予制：骑兵分地赐予制和牧场赐予制。西班牙人自罗马时代就是一种市镇型居民，市镇除占有公地外，市民还享有份地，在殖民地的西班人继承了这一市镇建设模式。新市镇留出中心广场、教堂和市政厅基址、公用地和牧场，然后按殖民者的等级身份和军功大小分配给他们“步兵份地”和“骑兵份地”。前者不足 9 公顷，赐给身份较低的步兵，后者约 43 公顷，赐给身份较高的“骑兵”，由于殖民者都自称为骑兵，故赐地多为骑兵份地赐予。凡具有新市镇公民权的人都可得到一块宅基地，园地和骑兵土地。[③] 最初骑兵份地赐予权由殖民者把持，后逐渐收回到殖民地总督手中。16 世纪 30 年代西班牙王室试图在新大陆建立类似古代西班牙的公共放牧制，故颁布法令宣布所有草场、未耕地均属公用地，禁止个人圈占，但此种设想未能实现，各市议会纷纷将牧场的“使用权”赐予殖民者。为避免赐地的混乱，有效控制牧场赐予权，于 1540 年，殖民地总督开始以国王名义分配牧场。在赐予书中规定：“我赐予某牧场，一旦你拥有它，它就将属于你和你的继承人，你将有权按照你的意愿出卖、转让、遗赠，但不得给予教会团体和个人，违者受罚，放牧时须遵守所有关于建立牧场的规定，不得侵犯国王和任何第三者的利益。”[④] 大庄园制对于拉丁美洲的土地开发、经济发展起到了促进作用，但也带来了奴隶制的残酷剥削和压迫。19 世纪初期在拉丁美洲爆发了独立战争，但大地产制的格局并未改变，独立战争的目的在于摆脱宗主国的统治，而不在于改变土地制度。19 世纪 50 年代至 20 世纪初，英美新殖民者的势力侵入拉丁美洲，新独立国家的政府采取了保护大地产制的政策，使得拉丁美洲的大地产制有新的发展。大地产制得到强化，福斯特在《美洲政治史纲》

---

① 韩琦，《拉丁美洲经济制度史论》，中国社会科学出版社，1996 年 1 月版，第 37—38 页。
② 同①，第 39 页。
③ 同①，第 132 页。
④ 同①，第 133 页。

中说："在19世纪一个世纪中并入大地产的土地，等于以前三个世纪并入大地产的土地。"① 外国新殖民者通过各种手段占有了大量的拉美国家的土地，独立国家政府亦通过向大地主和外国私人公司开放转让国家公有土地的方式扩大地产规模，同时，通过法律兼并印第安人的村社公共土地，其名义是"公共土地所有制妨碍农业发展，破坏了财富的流转，削弱了家庭联系及个人独立性，公共土地的存在与国家经济和社会原则相违背。"②

由于大地产制造成少数垄断土地，生产方式相当落后，严重地妨碍了生产力发展，广大农民却无法耕种土地，造成严重的贫富分化和社会财富分配不均，因而在二战后，抗美各国纷纷进行土地改革，以此作为向现代化迈进的契机。在墨西哥，卡德纳斯政府于1934年公布《土地法典》，1940年公布新的《土地法典》，均规定，水浇地超过100公顷者，季节性田超过200公顷者，以及棉田超过150公顷者，所超过的土地均予以没收和分配。1937年8月9日，政府公布《对墨西哥合众国土地法典若干条款加以修改的命令》，使占全国大量人口的债役农有了获得土地的平等权利，废除了债役农制，使之成为自耕农。经过1934～1940年的土改使763000户农民无偿获得了2000多万公顷的土地，分得土地的农民在政府的领导下组成了15000个村社，由国家提供资金，进行商品化的农业生产，成了资本主义的农业单位。剩存的庄园面积减少，不得不采取资本主义经营方式，成了中型农场。③ 1940年村社占有的土地占全国的47%，小农经济在墨西哥占据了优势地位，农业也由封建大庄园制经济转变为资本主义经济方式。在秘鲁，贝拉斯科政府于1969年6月24日颁布17716号法令，采取自上而下的"征收土地"的办法进行土改。土改法规定，废除大地产制，剥夺股份公司土地占有权，把大庄园和大农场的土地、生产资料、农具和耕畜直接分配给农民。土改法还规定，沿海地区最多可拥有50公顷水浇地、山区和林区可拥有30公顷水浇地，其旱地可按规定数额增加一倍，土改历时11年之久，至1979年秘鲁共有农牧业土地1811160公顷，被征收和分配的土地达702300公顷，约占耕地总面积的38.8%。全国有29万余户农民分配到土地，并被编入各种类型的官办农业合作社。④ 智利于1967年颁布新土改法，规定政府征收超过80公顷的有基本灌溉条件的土地，但允许劳动生产率高的大庄园所有者申请免于征收；政府对征收土地以现金或债券形式给足补偿，政府在被征收的庄园土地上组织农社或农业垦殖区，让农民在此定居并接受现代化农耕方法的训练。到1973年9月，新政府征收庄园4400个，共630万公顷，创办76个国营企业"生产中

① 福斯特，《美洲政治史纲》，人民出版社，1956年版，第314页。
② 韩琦，《拉丁美洲经济制度史论》，中国社会科学出版社，1996年1月版，第167页。
③ 金计初、陆国俊，《拉丁美洲现代化》，四川人民出版社，1992年5月初版，第66页。
④ 同③，第11页。

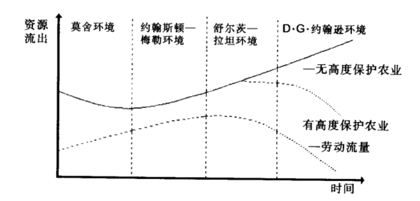
心”，1967~1973年共建立946个过渡性集体垦殖单位。智利土改因1973年9月军人集团发动政变，退还庄园土地，解散农社而终止。[①] 拉美各国均实施了不同程度的土地改革，其特点是土改发展不均衡、不彻底、进展缓慢，根据联合国粮农组织的材料，1967年至70年代初，拉美征用的土地仅占应征用土地的15%，土改的受益者也只达到应受益人数的22%，具体而言，波利维亚参与土改的土地只有18.2%，委内瑞拉15.2%，哥伦比亚9.6%，厄瓜多尔1.1%，多米尼加2% ，连土改进行得较彻底的墨西哥、智利、秘鲁也没有超过50%。[②] 大地产制并未得到明显的改善，根据联合国粮农组织1979年7月公布的材料，1973年拉美70%的农业人口只占有2.5%的耕地，他们的人数合计约8500万，其中4500万是净工资的农业工人，4000万是无地少地农民。同时，占农业人口2%的土地所有者却占有全部耕地的47%。[③] 同时，由于拉美国家片面重视发展工业，财政偏重于向城市和工业建设倾斜，农业生产一直处于粗放经营状况，农产品种植品种单调，大批无地少地的农民涌进城市，拉美各国在工业化进程中，其工农业结构是失调的。

第二节　工业化进程中的农地使用制度

中国经济采取何种发展模式，在经济发展过程中，农业和工业之间的关系如何处理，这一问题的回答，有助于为我国农地使用制度改革确立导向。从世界各国工业化进程中已可以看到农业的作用是相当重要的，“既然资本主义部门不生产粮食，它的扩大就会增加对粮食的需求，提高粮食的价格，并从而减少利润。这是工业化依存于农业改善的意义之一；除非农业生产同时增长，否则生产数量越来越多的制造品不是有利可图的。这也是为什么工业革命和农业革命总是同时进行，为什么在农业停滞的经济中工业也不得发展的缘故。”[④] 世界银行的资料也表明，在70年代，在农业占国内生产总值20%以上的国家中，有23个国家，其中有17个国家农业增长率每年超过3%，其国内生产总值年增长率超过5%。在同一时期，国内生产总值增长率不到3%的17个国家，有11个国家的农业增长率亦只有1%或更低，国内生产总值增长快而农业增长率低，则是某些石油或矿产国的经济发展特征。[⑤] 由此可见，农业在经济起飞阶段的重要地位。回顾各国工业化进程，亚洲国家采取自耕农制度发展生产，都取得了显

① 韩琦，《拉丁美洲经济制度史论》，中国社会科学出版社，1996年1月版，第190—191页。
② 艾伦·德詹维瑞，《拉美的土地问题和改革主义》，霍普金斯大学1981年，第206页。
③ 丁济霁主编，《国外农业经济》，中国人民大学出版社，1987年11月版，第341页。
④ W.A. 刘易斯：《劳力无限供给的经济发展》，载杨敬年主编，《西方发展经济学文献选读——第三世界国家发展理论与实践综合分析》，南开大学出版社，1995年2月初版，第506—507页。
⑤ 1982年，《世界银行发展报告》，第44—45页。

著的成绩。关键在于国家的农业制度设计是否符合国情，是否能依靠农业的增长促进工业化的进程。我国学者赖泽源在《比较农地制度》一书中总结道：“从国际上农地制度现代化的比较研究中，我们有充分的根据可以得出这样的结论：迄今为止，每一个国家农地制度的现代化，大体上都经历两个发展阶段，即耕者有其田阶段和农地规模经营阶段。所谓耕者有其田阶段，也就是平均地权阶段。这一阶段农地制度的典型特征，就是以农民的土地私有制代替封建地主阶级的土地私有制，也就是建立起的农民的自耕农制度占主导地位的农地制度。”[①]这一结论是符合历史经验的，是对各国现代化进程中农地制度的精炼的概括。西方发展经济学家亦将农业发展划分为四个阶段，这一理论是对于各国农业发展的经验总结，对于我国农业发展及农地制度改革具有一定的指导意义。这一观点认为“从历史的和现代的横断背景来看，农业转变至少是四个大体可以划分的阶段。这个过程从每个劳动者的农业生产率上升时开始。这个增长的生产率创造了剩余，它在第二阶段可以通过课税和要素流动去直接汲取，或通过政府干预城乡贸易条件去间接汲取，这种剩余可以用来开发非农业部门。……为了使资源流出农业，农村的要素市场和产品市场必须更好地同其余经济的这些市场结合为一体。通过改良的基础设施和市场均衡连锁，农业部门逐渐与宏观经济结合起来，这就代表农业发展的第三阶段。第四阶段……高收入国家普遍试图保护其农民，使之免于外国竞争。这样，即使在农业转变‘完成’后，管理的农业保护及其对世界商品市场的影响，仍然为农业政策制订人提出了一个继续注意的中心。”[②] 这一农业发展过程亦可用下图表示：[③]



① 赖泽源，《比较农地制度》，经济管理出版社，1996年1月初版，第112页。

② C·彼特·蒂默，《农业转变》，载杨敬年主编，《西方发展经济学文献选读——第三世界国家发展理论与实践综合分析》，第510页。

③ 杨敬年主编，《西方发展经济学文献选读——第三世界国家发展理论与实践综合分析》，第513—514页。

“使农业起步”	“农业作为对增长的贡献者”	“将农业结合进宏观经济”	“工业国中的农业”
（1）体制改革	（1）建立与工业市场的联系	（1）粮食在城市预算中的份额下降	（1）食物在消费者预算中的份额很小
（2）新技术	（2）用来创造一个健康农业部门的技术和刺激	（2）竭力提高农业效率	（2）收入分配成为一个政治问题
（3）市场和刺激结构	（3）改进要素市场以动员农业资源	（3）资源向外转移，但由于农村劳动生产率滞后，有重大的分配问题	（3）工业部门的失业产生了使劳力留在农业中的压力
（4）农村基础设施大量投资			（4）环境忧虑和“生活方式”的问题

我国正处于促使农业起步的阶段，这一阶段通过法律制度的变革（或通过激烈的土地改革）使农业制度适宜劳动者生产率的提高。在这一阶段，选择何种模式的农地制度是国家决策问题，有许多学者均认为，在发展中国家首先应关注的是农村贫困问题，这是相当符合东亚地区各国的实际国情的选择，“土地的占有条件和农场的规模分配是一国农业决策环境的重要特征。一国的农场大小如果是按单一模式分配的（a unimodal distribution）——大量的家庭经营的小农场，能维持家庭成员在生存水平以上的生活，在这种典型农场的周围，有大一些或小一些的农场形成一个边缘——有潜力利用农业发展战略作为减少农村贫困同时又增加农业生产的手段。农场的大小如果是按双重模式分配的（bimodal distribution）——许多非常小的农场在少半土地上，少数非常大的地产式农场占据着大部分耕地和供城市市场之用的粮食剩余的大部分——则面临着更困难的矛盾处境，即在利用农业发展的传统产出增长战略时，怎样去减少农村贫困的影响。”①

农业发展的第一阶段是一个相对缓慢的过程，它涉及到对农民利益的保护及为此制定必要的法律规范，有时甚至需要进行激烈的土地所有制变革，也只有经过相当长时间的积累，才能使农业成为经济增长的贡献者，资源（人口和财富）才能逐渐从农业部门流出，以刺激工业和技术的增长。农业发展的第一

① B.F.约翰斯顿和P.基尔比，《农业与结构转变：后来的发展中国家的经济战略》，载杨敬年主编，《西方发展经济学文献选读——第三世界国家发展理论与实践综合分析》，第524页。

阶段是任何一国家和地区都难以超越的，不能单纯为了发展工业而榨取农业，使农业还不具备资源输出能力时就为工业化作牺牲，如我国建国后长期采取的做法。正如有学者指出的："20世纪50年代主要模式（paradigms）表明，农业可以而且应当为了更有活力的各个经济部门而受到榨取，如果农业已经增长很快（如西欧日本），如果它在开始时相对于农村居民的生存需要有很大的剩余（如苏联），这个战略是可以成功的。但是如果农业部门在开始时使用的是传统技术，收益和生活均接近生存水平，那么榨取农业（squeeze agriculture）这个模式就会造成经济停滞，而非增长。"[①] 从20世纪50年代开始，以 Arthur Lewis 的"二元结构"为代表的发展理论，为很大一批急于振兴民族经济的落后国家的政治家所接受并改造，演化成一种相当流行的经济发展观。产业结构上极端强调工业化，资本和劳力结构上强调由农村向城市的全面流动，规模结构上强调大规模效益。经过几十年实践检验，证明这套发展策略普遍效果不好。[②]

采取平均分配农地使用权而形成小农地经营模式，是我国在农业发展初级阶段所采取的较为理想的体制，也是在东亚地区各国农业发展初级阶段所普遍采取的模式，更是我国农民自发形成的农地使用制度。确定农业发展第一阶段的制度，离不开对我国农民情况的认识，我国农业和农村经济的基本情况在于：①人多地少、耕地资源相对稀缺；②农民经济收入少，农业人口多而贫穷，就业机会少，收入难以提高；③农业基础薄弱，投入少，农业发展受到的限制因素很多。因而，我国农业依然未走出"糊口农业"的阴影，农民个人经济收入的提高及摆脱贫困是农业经济发展的首要目标，自给自足的自然经济还会延续相当长的时间，还要经历相当长时间的"休养生息"。因而，在我国解决农民经济收入问题是最主要的任务，使农民能够在相当长的期间内，享有稳定的土地使用权，是符合农民需求，有利于农业经济积累的制度设计，它使农民的土地使用权摆脱契约制度下的不稳定状态，在物权制度下既维护了土地公有制又满足农民对土地的物权要求。在农业发展的初级阶段，农业对工业化提供的食品贡献、原料贡献，是社会经济持续稳定的基础，农业的充足的食品供给还有助于消除价格全面上涨，"虽然农业的改善不会自动地孤单地抑制通货膨胀，但消除来自食品价格的压力，就会减少引起价格不断螺旋上升的因素。……在把控制通货膨胀作为主要政策目标的那些国家，必须把引导农业部门为市场生产更多的农产品作为政府农业中心目标。"[③] 农业为工业提供的丰富的原料也会促进轻工业并间接促进重工业的发展。此外，农业还为工业提供了广阔的市场，"经

---

① C·彼特·蒂默，《农业转变》，载杨敬年主编，《西方发展经济学文献选读——第三世界国家发展理论与实践综合分析》，第508页。

② 王诚德，《农业规模经营与经济发展—关于中国农业制度基础构造的理论探索》，载文贯中主编，《中国当代土地制度论文集》，湖南科技出版社，1994年7月初版，第118页。

③ （印）苏布拉塔，《农业与经济发展》，1990年版，第36－37页。

验表明，一些人口较少的国家或地区，如亚洲'四小龙'，由于国（区）内市场狭小，其工业和国民经济发展只能以国际市场为导向才能取得成功，而大国的经济发展主要依靠国内市场的扩张，其中最具潜力市场部分扩张的规模和速度将决定工业和国民经济发展的进程"①。农业还是工业化进程中劳动力失业的主要流向和就业的稳定器，在人地数量比较悬殊、农业劳动力非农化比例不可能太高的情况下，使每个人都具有一个通过自身劳动获取基本生活资料的机会是十分重要的。在整个社会利益格局变动剧烈的背景下，尽管农业比较利益依然低下，农村居民收入增长幅度、收入水平、消费水平均大大低于城市居民，但是由于几乎所有人都得到一份基本就业保障，从而保证了农村的社会稳定。此外，工业化过程中不可避免地会出现较大规模的失业群体，在缺乏统一失业保护体系的情况下，农业的就业保障机制就可以避免大量流民和城市赤贫者产生。②

正如台湾经济起飞的主要规划者，资深经济学家李国鼎先生所说："经济落后国家多以农业生产为主，故农业为其就业、生产及所得的主要来源。但因部分落后国家急于摆脱此种落后经济形态，往往集中全力发展工业，而忽视了农业发展在工业化过程中的重要性，以致所获效果适得其反。台湾虽是以农为本，但政府深深了解：在经济发展过程中，农业部门不仅负有提供粮食的任务，它也是工业部门所需投资资金和原料的重要来源；而工业部门所需进口之生产器材及原料不但要靠农产品出口换取，而工业部门的产品也多有赖于农业部门提供广大的市场。因此，在从事经济发展初期，我们即提出'以农业培养工业，以工业发展农业'的方针，然后循农工均衡发展的途径前进。因为这个缘故，台湾经济在快速成长过程中不仅未受到农业的牵制，且获得了农业方面的重大的支持。"③ 亚洲各国农业的发展经验表明，我国现阶段采取的农地小规模经营的格局是符合我国农村实际情况的，将这种农地使用制度用法律形式固定下来，使农民的土地使用权明确化、法律化，必将有助于我国在农业发展初级阶段农业经济的稳定而快速增长。

在我国，农业自然经济依然是占主导地位的，在工业化不发达的前提下，极有可能产生"过密型商品化"现象。美国学者黄宗智提出"过密型商品化"以区别于西欧资本主义高速发展下的商品化，"过密型商品化可能通过充分地利用家庭劳动力而带来较高的家庭收入。它甚至可能通过每个劳动力每年工作更多天数而带来每个劳动力较高的年收入，但是这并不意味着单位工作日生产率和收益的发展，后者通常惟有通过劳动组织的改良、技术的进步，或更多的单位

① 黄守宏，《论市场经济条件下农业的基础地位》，载《经济研究》，1994年第4期。
② 薄伟康，《论联产承包责任制的合理内核》，载《经济研究资料》，1997年第119期。
③ 李国鼎，《台湾经济高速发展的经验》，东南大学出版社，1993年6月初版，第6—7页。

劳动力资本投入才可能实现。换句话说，过密化解释了没有发展的增长这一悖论现象"，[①] 这也是在工业化不发达的前提下，纯粹小农经济所能达到的最佳状态，人民自食其力、丰衣足食，但整个社会没有飞速的发展。因此，农业发展与工业化进程是难以相分离的。

因此，农业发展与工业化进程是不能相分离的，没有工业的快速发展，就会引发农业人口和用地的过密化（involution），其结果会延长农业初级阶段的时间，随着人地关系的日趋紧张，必将造成社会基本结构的再次崩溃和破坏。工业化的快速发展则能够带动农业尽快走出积累阶段，并向农业进行大量投资，如日本，在土地改革创及自耕农之后，短短二十年间，就使其自耕农制度成为农业发展的阻碍，从而进入土地适度规模集中经营阶段。我国土地制度历尽沧桑，目前又在历史的推动下而必须采取土地使用权制度来规范和强化土地使用者的各项权利义务，规范各种用地制度，在农地制度方面，这种通过强化土地使用者的权利和义务的方法来改革农地使用制度，无疑是一种全新的制度，它所带来的后果是多元化的，更重要的是它创设了一个能够自主经营、独立生产并与国家、集体共同分配其收益的小农阶层。这种制度安排所产生的小农阶层不同于自耕农，自耕农的意义在于使农民能够安心地进行农业生产，其收益全部由农民取得以用于生存和再生产。"农业经营与其他产业不同，其所投施之资本与劳力，非短期内能全部回收，同时须继续投入。在地上积累愈多，改良地力愈厚、生产愈多，农地若为自行耕作农民所有，产品悉为农民所收，有助于农民投设资本与劳力以事改良。农地农有，不仅有利农业生产，还可以遏止农民于社会与经济上之不平，同时亦可期国家民主之进步。"[②] 而我国的农民绝非土地完全自己所有的自耕农，而只能是因土地用益制度而产生的新型农民。

农业发展的更高阶段，就是农业的适度规模经营。农地适度规模经营，在我国已争论了相当长的时间，在实践中也有许多地区采取多种方式使农地适度集中起来以达到规模经营的程度。正如有学者所说，我国的农地规模经营与西方在商品经济条件下的大农场制度不同，我国的农地规模经营是要解决近几年来生产资源在农村各业中的不合理分配问题，以期提高农业生产率，增加农业收入；进一步是要解决在家庭联产承包初期出现的土地承包过于零碎细小，不利于土地利用和农业发展的问题，更进一步是要对土地、劳动力、资金和技术等生产要素进行合理组合以提高农业集约经营水平。[③] 因而现阶段农地适度规模经营是与土地承包经营相关联的制度，是为了弥补土地承包经营制度之不足而

① 黄宗智，《中国农村的过密化与现代化：规范认识危机及出路》，上海社会科学院出版社，1992年11月初版，第147—148页。

② 郭迪贤，《台湾农地利用制度变迁与改变之研究》，载《迈向21世纪的中国农业：农民组织、农业制度、农村发展》，中国农业出版社，1995年4月初版，第166页。

③ 毕宝德，《土地经济学》，中国人民大学出版社，1991年1月初版，第153页。

采取的农地适度规模经营制度。我国土地承包经营制度已实行了十余年，目前在我国各地出现并尝试着各种土地适度集中的模式，其中有典型意义的方式主要有：

（1）两田制：这种形式产生于1986年，将农田分为口粮田、商品田两种类型，口粮田部分基本是用于保证农民口粮之用，按人均分，大多在村前屋后，生产条件较好。商品田比较集中，排灌、机耕条件较好，一般采取公开发包或招标租赁的形式，本村成员有优先承包权，无人揭标的向社会公开招标。这部分田一般要承担国家税收、统筹、提留和集体公益事业费，个别的还要再附加承包费和租赁费。[①]

（2）顺义模式（集体农场制）：在全县60多万亩粮田中，采用农场、专业队和专业户三种形式实现规模经营。农场是村合作经济组织的一个承包单位，实行以场核算、统收统支，承包到人，以产计酬、工资保底、实物归场的制度。对于没有非农收入的纯农户和拥有主要生产资料的种田能手，以“两优先”承包土地。对极少数不能不包地，又不能多包地的农民，仍维持其小规模经营。[②]

（3）南海模式：以广州南海市为例，土地以政府规定的证地价为依据折股或以政府规定的征地价和当地土地的纯收益，采取加权平均法计算之价格为依据折股或以当地各类土地的农业纯收益为依据折股，将原来农民承包的土地折价折股，量化成等额股份，配置给农民占有，土地归集体统一规划、开发、使用[③]。这是一种将集体经济组织进行股份合作制改造，同时将土地作价入股而由股份合作经济组织加以适度规模经营的方式。

（4）转包：这是农地集中的主要形式之一，转包一般分为有偿转包和无偿转包，个别情况下还存在倒贴转包，转包使农民可以暂时离土从事非农生产，又不致于丧失土地承包经营权，但由于转包欠缺法律明确规范，易引发纠纷。

（5）租赁制：如安徽阜阳，采取土地承租的方式使农地流转，在承租者中有70%是农村中的各种能手，如种田能手、农民技术员、村干部等，此外还有党政机关科技干部、离退休干部、“下海、下岗”人员等，有20%的承租者是乡镇村集体经济组织，农村专业经济技术部门、机关事业单位、社会团体等，有10%的承租者是乡镇企业。[④]

（6）反租倒包：这种方式主要用于三种情形：（1）本村、邻村已出现了较多转让出来的土地；（2）有的农户承包的山水田等生产资料，由于受自然灾害或其他因素的影响，确实难以再经营下去并取得收益；（3）由于生产某种产品

① 张毅、董万祥，《我国农地使用权流转13种形式的适用性》，载《经济研究资料》，1996年第4期。

② 裴长洪，《制约土地集中的因素和对顺义方式的思考》，载《经济研究》，1987年第12期。

③ 王琢、许浜，《中国农村土地产权制度论》，经济管理出版社，1996年1月出版，第222页。

④ 徐合环，《建立土地流转机制是重新激活农村生产力的根本途径》，载《中国农村经济》，1997年第4期。

或兴办某项产业，确需集中连片的土地。方法是：由乡镇、集体经济组织或村属农业组织单位牵头，把土地或其他农用生产资料，以一定租金、期限从原承包户租过来，经调整、改造、建设配套，再交给有经营能力、条件的农户或单位承包。①

（7）“全托”制：如江苏高淳县漕塘乡竹墩村近年来约有80%的劳力外出打工、经商，但又不愿放弃承包田。为了做到包田、打工两不误，除种收而外的全部活动，只要每亩交上30元“全托费”，全部由专职人员负责，并保证增产一成。②

从上述农地集中的方式中，可以看到，目前，在土地承包经营制度下，我国农地适度规模经营大致可分为两种类型，一种是集体经济组织层面上进行规模经营，另一种是农民承包土地后自发流转、转包、出租而形成的土地集中。前者需要制定一整套的法律制度加以规范，而且是相当急迫的；对于后者，在采取农地使用权制度后，依法规范农地使用权的转让、出租、抵押就是农地使用权制度所要解决的问题，以便将之适用于各地各种各样的农地集中方式上。

关于我国农地适度规模经营的模式，经济学界普通认为不能盲目地扩大土地经营规模。从全国范围的一般情况看，目前尚不完全具备大规模推行土地规模经营的条件，并且物质条件不可能在短期内马上创立。因此，对土地规模经营不能操之过急，应在条件基本具备的地方逐步加以实行，并且积极地为实行土地适度规模经营创造条件。③ 同时，也应指出的是，规模经济与农地规模经营不同，采取农地适度规模经营亦可以达成规模经济，一种规模结构是否合理，绝不能脱离当时当地的生产力发展状况来考察与衡量，农业规模经济也只能在适应当地当时的客观农业生产力发展水平的条件下才能取得。凡是适合当时当地生产力发展水平的规模结构，应该说就是最佳规模结构，就可以取得最佳规模效益，这种规模就是经济的，反之，则必然是不经济的。④ 因此，在不具有扩大土地规模而应坚持小家庭生产的地区，发展农业产业化经营，亦可以达到农业规模经济。如果单纯从经营土地的数量来说，农户仍然是小规模经营，但从群体来看，专业村、专业乡、成片区域性专业化，实行的是大批量、基础性和商品性大生产，进行规模加工、销售、贮藏及运输，这又是一种大规模的经营。从已经实现了社会化生产的整个农村来说，已经成为由一种各有分工，各司其职的小细胞形成的有机的大整体，而且具有大规模经营所固有的一切优越性，这正是适应我国特点的农业规模经营的具体、独特道路。⑤ 但在经济较为发达的

① 张毅、董万祥，《我国农地使用权流转13种形式的适用性》，载《经济研究资料》，1996年第4期。
② 同①。
③ 课题组，《土地制度研究》，武汉出版社，1993年11月初版，第132页。
④ 章琳、郭明，《农业的规模经济与农业的规模经营》，载《经济研究》，1989年第8期。
⑤ 严瑞珍，《农业产业化是我国农村经济现代化的必由之路》，载《经济研究》，1997年第10期。

地区，土地的小规模经营就成为不适合生产力发展的障碍，就会产生规模不经济。因此，在这些地区，根据当地农村经济发育程度，不失时机地推动农业经营规模的适度扩大，并在形成这种适度规模经营的基础上，向专业化、社会化发展，是生产力发展的客观要求，有其必然性。① 由此可见，我国农业适度规模经营是存在着地域上的不平衡性，时间上的渐进性。家庭经营是我国农业经营的主要方式，但无论是相对落后地区还是沿海发达地区都会逐渐扩大土地经营规模。当经济相对落后地区进行农业产业化达到一定程度，传统农业就会向商品化农业转变，离土不离乡的农民就会增多，正如有学者所预测的，农业劳动力的非农化，使得专门经营农业的劳动力无论绝对数量或相对比重都有所减少。一部分农民家庭成为非农经营户，农业收入已不再成为这些家庭的主要收入，这时就会出现大量的土地要求退包或转包；而由于机械化水平提高，农业科技水平的提高，使得专门从事农业生产的农户又有扩大经营土地的需求时，就会产生农地的适度规模经营。由此可见，在我国，农地的适度规模经营，大体有如下几种模式：

①商业经济相对发达地区，离农人数增加，加强农地的适度规模经营，可以促使农业商品化的尽早实现；

②在经济相对落后地区，在土地分散承包后，通过使家庭经营稳定化并长期积累，加强类似自给自足的自然经济与外部市场的联系，加强农业产业化建设，就必然会使农业商业化程度有所提高，在此基础上，农地就会向专业户集中，最终达成农地的适度规模经营；

③在小规模零碎分散经营的承包土地上，农民兼业化必然日趋严重，由于农业生产比较利益低下，农民不能完全依赖农业收入时，土地的劳动生产率下降，此时，为了提高农地生产率，应当采取必要的措施促使农地适度规模经营，同时又能够使得出让农地使用权的农户利益得到保障。

土地的第二轮承包延长了土地承包期限，“增人不增地，减人不减地”，以及今后农地使用权制度的建立，必将使农地使用权趋于私有化，在此基础上，农地适度规模经营将通过农地使用权的转让、出租等方式进行。在实行小农经营模式的国家中，农地规模经营是具有一定难度的，单纯的小农经济只能解决农民的温饱问题，很难使农业商品化率得到大幅度提高，从而为社会创造更多的财富，中国台湾、日本、韩国的经验就表明了这一点。因而小农经济发展到一定阶段，农地适度规模经营的要求就会提上议事日程。在农业发展的更高阶段，需要农地适度规模经营，日本、韩国和中国台湾，都是从放宽土地拥有量控制，促进土地租赁，鼓励并扶持农民组成合作社及农协等方式，积极引导农民将小规模家庭经营改造成为农场经营，从而增加农业产品的商品化率。我国

① 章琳、郭明，《农业的规模经济与农业的规模经营》，载《经济研究》，1989 年第 8 期。

大陆现阶段出现的各种农地适度规模经营方式，都是针对土地承包经营制度的弊端而设置的，农地承包经营权由于其不稳定性、易变性，而与农民的利益联系并不密切，因而对农地的撂荒、抛荒现象严重，农民兼业化越来越明显，为此就不得不采取农地适度规模经营方式，以解决农业生产率下降问题。但在实行农地使用权制度后，农民与土地的关系紧密，农地使用权平均分配后，必将形成数量巨大的小农经济，一家一户的农业生产占据主要地位。随着经济的发展，农业人口逐渐向中小城镇转移，我国亦会步日本、中国台湾、韩国等国家或地区农业发展的后尘，农民的兼业化、老龄化严重，农地耕作亦会趋向粗放式经营，由于土地规模过小，农地收益很难成为经济收入的主要来源，同时，农民必将“惜卖”土地使用权，这就造成农地利用率不高而农地适度规模经营难以推行的局面。为解决上述难题，所采取的解决办法，无非是刺激农地使用权的转让、出租或促使农民自发组建生产合作社，以及将农地使用权入股的办法，以使农地适度集中经营。同时，也应看到，农地使用权的转让应加以限制，每一农民所享有的农地使用权应有最高数额限制，这是因为，如任由农地使用权自由转让，会造成大量农民与土地相分离，造成大批农民失去土地，这必将成为严重的社会问题；此外，如不限制每一农民所享有的农地使用权最高数额，任由土地囤积，就会造成贫富分化的重新出现，是不符合我国建立农地使用权的宗旨的。在农地使用制度建立之初，即立法限制农地使用权过度集中是十分必要的。

第三节　农地使用权与土地承包经营权

现行的土地承包经营权产生的根源是农村实行的家庭联产承包责任制，更早时期则是各种形式的责任制，如小段包工定额计酬，专业承包联产计酬，联产到劳，包产到户、到组，包干到户、到组等。当时采取的办法是多种多样的，主要有下列几种：

(1) 包产到户或包产到劳：其具体做法一般是“三包”、“三统”：包工、包产、包费用。生产队统一计划，统一核算、统一分配。双方签订合同，超产者奖、欠产者罚。

(2) 专业承包、联产计酬责任制：在生产队统一领导、统一经营的条件下，分工协作。擅长农业的劳动力，按能力大小分包耕地；擅长林、牧、渔、副、工、商各业的劳动力，按能力大小分包耕地各业生产资源；各业的包产，根据方便生产、有利经营的原则，分别到组、到劳力、到户；生产过程的各项作业，生产队宜统则统，宜分则分；包产部分统一分配，超产或减产分别奖罚；以合同形式确定下来，当年或几年不变。这样，可以充分发挥各社员的个人生产积

极性，人尽其才、物尽其用，也发挥集体经济统一经营，分工协作的优越性。[1]

（3）小段包工，定额计酬：其具体做法是：根据农业生产的不同阶段，不同活路，安排出一小段时间内应做的农活，定出完成每项农活的数量和质量标准，计算出每项农活的用工量，作为定额，然后把任务分配到作业组或个人，按完成定额的多少和达到的质量标准计算报酬，由生产队统一核算和分配。

（4）联产到组：把擅长不同活路的劳动力划分为不同的作业组，然后将耕地、农具、各种作物种植面积、包产指标、肥料、种子分到各组，队对组实行定工、定产、定成本、定奖赔，按各组的生产成果计算报酬，生产队统一核算和分配。

（5）联产到劳：在坚持统一种植计划、统一使用耕畜、农具、统一调配劳力，统一核算和分配的条件下，以劳定田、以田定产、以产计分。[2]

（6）包干到户：包干到户由包产到户发展而来，在坚持生产资料集体所有制、坚持按劳分配、多劳多得等方面同包产到户是一样的，主要区别是包产到户实行统一分配，生产队把各户定产以内的农产品收起来，按产记分，再按工分统一分配；而包干到户则是按合同分配，就是实行“保证国家的、留足集体的、剩下是我自己的。”社员只交公购粮和集体提留，不交承包的全部产品，不统一分配。[3]

土地承包经营权是由包干到户这种集体经济生产方式而产生的，是由农民个人对集体土地进行包种，由原来的农民全体共同在集体土地上耕作，变成每一个农户承包一定量的土地单独耕作，由此产生土地承包经营权。“包”在这里含有责任的意味，它不是一个规范的法律术语，更多地是指一种责任的承担，是把整个任务承担下来，从而负责完成，因而又含有担保、保证任务的完成的意味，在承包之前，首先要有一个责任的指标，国家、集体的利益要得到切实的保障，在农民保证完成的基础上，才可以有土地的包种。

土地承包经营权是在我国农村实行家庭联产承包责任制后产生并逐渐明晰化、确定化的一种权利，自其产生一来，法学界就将其作为分析研究的对象，学者们研究的结果，有两种代表性的观点：一种是将土地承包经营权直接视为物权，另一种是认为土地承包经营权是债权性质的权利。学者们对土地承包经营权的性质的研究，早期一般视之为物权的一种，而近期则通说认为是债权。

认为土地承包经营权是物权的观点中，亦有区别：

（1）认为承包经营权是一种新的物权形式，承包经营权是因承包合同所产

---

[1] 吴象，《阳关道与独木桥——谈谈包产到户的由来、利弊、性质和前景》，《人民日报》，1980年11月5日。

[2] 詹武，《论农业生产责任制》，1982年《中国经济年鉴》。

[3] 陆学艺，《包产到户的动向和应明确的确一个问题》，载《农业经济丛刊》，1981年第5期。

生的物权，具有一般物权所具有的优先权、追及权等效力。承包经营权在内容上以使用和收益为主，从而与传统民法的用益物权相似，但是承包经营权作为一种在社会主义土地公有制基础上产生的物权形式，与用益物权必然存在着差别：①承包经营权是多种性质权利的集合，它包括了在承包经营中的生产经营计划权、劳动力安排自主权、经营决策权以及产品的处分权等；②承包经营主要解决的是在农村集体经济组织内部的经营方式的问题，承包经营关系并不是典型商品交换关系，因此承包经营权也不具有完全的商品交换性质；③承包经营权的内容也要以承包经营人所承包的具体经营项目来确定，因而应视承包经营权为一种新的物权。[①]

(2) 有学者认为，将此类物权称为“承包经营权”并不确切，应当称为“承包使用权”。因为这类物权具有使用权的特征而不具有经营权的特征，它是使用权的一个类型而不是经营权的一个类型。承包使用权是在农村土地等自然资源的所有权与使用权分离的基础上产生的一类新型物权。[②]

(3) 有学者认为承包经营权是一种新型的他物权，是对标的物直接占有、使用和收益的权利，因而是物权；承包经营权的作用主要是保障承包人对发包人的物进行使用和收益，所以它应属于用益物权。[③]

(4) 有学者认为是一种物权，因为：①这是民法通则所明文规定的。民法通则明确地将土地承包经营权规定在财产所有权和与财产所有权有关的财产权即物权范围之内；②这是承包经营人一定程度即在法律规定和合同约定的范围内直接控制、利用集体所有或者集体所有由集体使用的土地的权利，无须他人的协助。与债权大不相同；③这是一具有排他性的财产权。就是说，不仅是其他任何人，就是发包土地的农村集体经济组织或者村民委员会也都必须承担义务，不妨碍土地承包经营人依法行使权利。[④]

持债权说的学者认为，尽管土地承包经营权被规定于民法通则第 5 章第 1 节，并且通常认为该节是对物权制度的规定，但是土地承包经营权依然是一种债权。理由在于：①承包人必须依据承包经营合同或发包人的意思完成规定的生产经营任务，即达到“承包指标”，依据联产承包经营合同，发包人对土地承包经营权的标的物，仍有相当大的支配力；②土地承包经营权实质体现的是集体内部分工、分配的权利义务关系，这种内部关系从承包人的身份上亦有反映，因这种内部关系而取得的承包经营权实际上只有对人的效力，而并无对世的效力；③承包人不能自主转让土地承包经营权，最高人民法院《关于审理农村承

① 王利明，《民法新论》（下），中国政法大学出版社，1988 年 7 月初版，第 237—238 页。
② 彭万林，《民法学》，中国政法大学出版社，1994 年 2 月初版，第 279 页。
③ 张俊浩，《民法学原理》，中国政法大学出版社，1991 年 10 月初版，第 446—447 页。
④ 王家福、黄明川，《土地法的理论与实践》，人民日报出版社，1991 年 1 月初版，第 57 页。

包合同纠纷案件若干问题的意见》第3条规定："承包人将承包合同转让或转包给第三者，必须经发包人同意，并不得擅自改变原承包合同的生产经营等内容，否则转让或转包合同无效"；④对于国家所有而由集体使用的土地上的承包经营权，会产生矛盾，如果在农用土地上已经设立了土地使用权，是否可以在其上再行设立物权性质的承包经营权，不无疑问；⑤土地承包人在保留其土地承包经营权的前提下，将所承包的土地转包给他人，在土地转包关系中，转承包人所取得的对土地的使用权利也是土地承包权，如是物权性质，那就是在土地承包经营权之上，再行设立一个相同性质的土地承包经营权，这显然违背一般物权法理论。[①]

也有学者认为，从历史的角度看，承包经营权是集体土地使用权形成过程中的一个阶段。在我国农村开始实行联产承包责任制时，农民在土地上仅仅享有债权法意义上的经营权。当时，对承包经营权的保护是以承包合同为依据的，这种保护使农民有了相对于集体组织的某种独立法律地位。由于农村经济体制改革的深化，加上国家一贯采用保护农民承包经营权益的立场，农民对集体土地的使用收益权利日益强化，其物权性质亦日益彰显。于是，"将农地使用权规定为一种用益物权，以用益物权关系取代承包合同关系"，便成为法学界同仁们的强烈呼声。[②]

从对土地承包经营权的性质的截然相反的观点中，可以看到，在我国农村土地改革中产生的土地承包经营权已使学界产生了模糊认识，这主要是来自于国家对农业用地使用权人权利义务规定中的实用主义作法，以及我国家庭联产承包责任制作为对生产经营方式变革，造成了用法学理论来阐释社会经济现象而必然会出现的矛盾现象。在立法方面，《民法通则》中将土地承包经营权列入"与财产所有权有关的财产权"之中，但在最高人民法院《关于审理农村承包纠纷案件若干问题的意见》中又规定承包人非经所有者同意并不得擅自改变原承包合同的生产经营等内容，否则承包合同的转让、转包无效，这就造成了这一权利在法律性质上的矛盾，同时立法又顾及到农村承包合同转包现象的出现，而赋予承包人的转包权，转包不变更承包人，不终止发包人与原承包人的承包关系，是承包人把自己承包的部分或全部，以一定条件发包给第三者，由第二份合同的承包人向第一份合同的承包人履行，再由第一份合同的承包人向原发包人履行合同的行为；但立法亦未明确承包人行使转包权而产生的土地承包经营权之性质，这就必然造成了土地权利关系的立法上的混淆性。最初的土地承包经营权，承包人受到集体和国家的各种限制，如在承包指标、种植种类、生产计划等多方面的行政性干涉，但随着时间的推移，土地承包经营合同中行政

① 梁慧星主编，《中国物权法研究》（下），法律出版社，1998年6月出版，第706—707页。
② 王卫国，《中国土地权利研究》，中国政法大学出版社，1997年5月出版，第182—183页。

约束逐渐减少，农民的权利义务日益明确并固定下来。这种逐渐发展变化中的权利，受到国家农业政策的影响是十分直接、明显的。正是由于立法规定上的自相矛盾以及土地承包经营权的逐渐变化，使得确定土地承包经营权的性质十分困难。土地承包经营权是从土地所有者的权能中分离出来而形成的，旨在使土地使用者对土地享有排他的支配权，本应具有对抗土地所有者的排他力，但立法又未赋予土地承包者自由转让土地承包经营权的效力，土地承包经营权的继承者亦应重新订立承包合同，土地承包经营权还不具备完整的使用权与收益权，农户的市场决策权亦受到限制。虽然农户都希望在市场粮价高于国家定购价时多卖一点给私人商贩，但在完成定购任务以前是不允许这么做的。农民的这两项权利在现实的制度环境中是受到一定限制的，因而，绝大多数的被调整者希望国家尊重这些权利。① 笔者认为，从目前的土地承包经营权立法规定和实践做法中看，具有更多的债权性色彩，但是如将其视为纯粹的债权，又是与国家设立土地承包经营权，使土地使用者有更为自由、独立的土地使用权的初衷相违背，也与土地承包经营权日益增强的物权效力相违背。因此，我们只能说土地承包经营权是一种过渡性权利，依托它，农业用地使用者获得了越来越多的土地使用权，在农业用地上形成了所有权与使用权相分离的权利格局。因此，应当剔除土地承包经营权制度中的债权性规定，增强农民对土地利用的物权效力，正如有学者所指出的，“农地使用权制度的建立，不应是现行土地承包经营关系大规模消灭、农地使用权大规模新设的过程，而应是现存的土地承包经营关系自然而渐进的变更过程。这意味着农地使用权应从现存的土地承包经营权转化而来，在不影响现存的土地承包格局和承包人生产经营的前提下，通过制度变更将土地承包经营权转而确定为农地使用权。”② 应当看到，土地承包经营权本身并不是法学概念，它来自于现实生活和历史之中，而且土地承包经营权又是不科学不严密的，当土地承包经营权人转包之时，会产生两种土地承包经营权，这就必须区分物权性质的土地承包经营权与债权性质的土地承包经营权。③ 很显然，土地承包经营权的这种歧义性使之很难继续存在，并成为法学研究的工具性概念，正如学者所归纳的：①土地承包经营权系基于承包经营合同而产生，在承包经营合同关系中，发包人实际上拥有很大的干预生产经营者的权利，并且这种干预权利与发包人的行政权力往往混在一体，农民承包人的生产经营自主权其实是很有限的。承包合同纠纷的易发性与生产经营自主权的有限性，势必影响农民生产经营的积极性，所以，对农用土地的使用权利必须是

---

① 龚启圣、刘守英，《农民对土地产权的意愿及其对新政策的反应》，载《中国农村观察》，1998年第2期。

② 陈甦，《土地承包经营权物权化与农地使用权制度的确立》，载《中国法学》，1996年第3期。

③ 梁慧星主编，《中国物权法研究》（下），法律出版社，1998年6月出版，第708页。

一种物权，才能为农民发挥其生产经营积极性提供制度上的保障，才能在发生侵害时，使农民不仅能以侵害人的“违约”而且还能以其“违法”为抗辩理由，维护自己的土地使用权利。②在市场经济体制条件下，农业资源的配置应当依市场机制来实现，应当由农民自己决定转让对土地的使用权利。那种利用行政或准行政手段实现土地规模经营和最优配置的做法，忽视了农民的自主权利，从根本上不利于农村生产关系的稳定。转让土地承包经营权须经发包人同意，实际上限制了土地使用权利的自由流转，为以行政或准行政手段配置土地资源留下了太多的余地，并在相当程度上牺牲了效率。③农业生产经营的长周期性，要求农用土地使用制度的稳定性，农村土地制度的完善，也需要用土地使用制度稳定的基础。农用土地使用制度的稳定决定于三个重要因素：一是基本使用制度的长期稳定；二是具体权利义务关系与法律制度之间具有一致性；三是具体的使用权具有确定性、排他性和流转性，土地承包经营权欠缺上述因素而使现行农用土地制度处于不稳定的状态。[①] 因此，土地承包经营权必须使之物权化，应以农地使用权制度取代土地承包经营权。应当看到，农地使用权制度是在全方位地修正土地承包经营权的各项规定，是以一个新的物权概念及其相关的一整套权利制度来完善、填补土地承包经营权规范之诸多空白和漏洞，也就是将现有的土地承包经营权制度向前推进一步，从以政策和法律双重规定农地使用制度的现状变成赋予集体成员的真正的用益物权，使之具有稳定性、长期性、独立性，消除土地承包经营权中的易变性、不稳定性，这也正是农村变革深化发展的要求，也是农村土地制度的一个转折点。

土地承包经营权向农地使用权转化过程中，存在着如下两个问题难以解决：

1. “增人不增地，减人不减地”政策难以在短期内实现。有学者认为，其主要原因在于我国人多地少，耕地资源十分短缺，虽然一些地方农村劳动力向二、三产业转移，但农外就业不稳定，加上随着经济的发展，土地不断增值，加重了农民“惜土”的心理，承耕者不愿轻易放弃承包的土地。实行“生不增地，死不减地”，必然加剧人地矛盾日趋尖锐，这是许多地方基层干部和农民群众不愿面对的问题。同时新增人口也不能没有土地，否则生活没有保障。[②] 调查表明，“一方面，农民认为土地既然属于大家，便不应该剥夺新增人口的基本权利。另一方面只要这种共识能够获得体现，基本的口粮消费得以保证，其他的政策措施是不必要的。”[③] 在实施“增人不增地、减人不减地”政策时的确会遇到许多实际问题，其中新增人口的土地分配，因嫁娶、考学、搬迁等诸多原因

---

① 梁慧星主编，《中国物权法研究》(下)，法律出版社，1998年6月出版，第708—709页。

② 农村固定观察点办公室，《对第二轮土地承包工作的观察分析》，载《经济工作者学习资料》1997年第19期。

③ 龚启圣、刘守英，《农民对土地产权的意愿及其对新政策的反应》，载《中国农村观察》，1998年第2期。

需要进行土地调整，例如，有学者于1996年7、8月间在四川进行调查，其中两个村实行“增人不增地，减人不减地”。在这两个村的4919人中，有799人没有土地，占总人数的16.24%，其中妇女305人，占无地人口的38.17%；儿童411人，占无地人口的51.44%；成人男性83人，占无地人口的10.39%[①]。由此造成农村妇女的经济地位和社会地位降低。

面对这些问题，农业部1994年12月30日颁布《关于稳定和完善土地承包关系的意见》及中办发［1997］16号《关于进一步稳定和完善农村土地承包关系的通知》都提出了“大稳定、小调整”的方针，所谓“大稳定”是要使绝大多数农户原有的承包土地继续保护稳定，不能将原来的承包地打乱重新发包，更不能随意打破原生产队土地所有权的界限，在全村范围内平均承包。所谓“小调整”是指对于确因人口增加较多，集体和家庭均无力解决就业问题而生活困难的农户，尽量通过“动帐不动地”的办法解决；或根据实际需要，在个别农户之间小范围内调整土地。“小调整”的原则在于：一是“小调整”只限于人地矛盾突出的个别农户，不能对所有农户进行普遍调整；二是不得利用“小调整”提高承包费，增加农民负担；三是“小调整”的方案要经村民大会或村民代表大会的三分之二以上成员同意，并报乡（镇）人民政府和县（市、区）人民政府主管部门审批；四是绝不能用行政命令的办法硬性规定在全村范围内几年重新调整一次承包地。“小调整”的间隔期最短不得少于5年。此外，为解决人口变动与土地的矛盾，还有的地区采取“机动地”的做法。但必须将“机动地”严格控制在耕地总面积5%的限额内，并严格用于解决人地矛盾，超过的部分应按公平公理的原则分包到户。

应当看到，“增人不增地，减人不减地”是今后我国农地制度的方向，只有这样才能稳定农地利用关系，但在实施这一政策过程中，坚持“大稳定、小调整”的方法，是十分必要的。“大稳定、小调整”的方法，目前仍是一种带有普遍意义的解决人地矛盾的方法。这个方法无论是在开展延包工作中，还是在今后30年承包期内，都将普遍适用。因此，必须对大稳定、小调整有正确的理解。[②] 笔者认为，“大稳定、小调整”原则下，并不影响农地使用权的建立，“增人不增地，减人不减地”的政策尽管难以在短期内完全彻底地实现，这是我国农地制度改革的特点，是受制于我国国情的。对此，有学者持比较悲观的观点，认为“土地问题的最终解决只能靠经济发展，特别是非农经济的发展。只有在大多数的农民不再依赖土地为生的基础上，可供进入流通的土地总量才能大幅度增加，而且较高的经济发展水平亦可为市场发育提供必需的资源。在这些客观条件尚未达到以前，任何‘揠苗助长’的社会经济政策都不可能达到预期的

① 许平，《婚姻流动与农村妇女的土地使用权保护》，载《中国农村观察》，1997年第1期。
② 农业部冬季下乡工作办公室，《稳定和完善农村土地承包关系专题辅导材料》，1997年11月。

理想效果。"[①] 但应当看到，"大稳定、小调整"的原则可以在一定程度上平抑因"增人不增地、减人不减地"造成的人地矛盾加剧，目前的工作只能是一方面采取各种"小调整"的办法，解决农村无地人员，主要是妇女和儿童的土地使用权来源问题，例如，在每年税收后或每隔两三年，村组就根据家庭人口的增减情况，补进土地或退出土地；暂时没有分到土地的人口，可先吃"浮动粮"，一年 300—500 斤不等，按包产的多少平均摊派到各户。有的村组乡镇企业比较发达，就由村组企业每年付给现金 300—500 元不等；有的村组是让新增人口按结婚先后或出生先后排队补进土地，有的村组，采取抓阄的办法确定谁先补进土地等。[②] 另一方面要完善农地使用权流转制度，通过农地使用权的互相调剂，减少"调地"所带来的动荡，以解决人地关系矛盾问题。但更重要的是，我国人多地少、耕地数量紧缺的状况是现实问题，只能最终通过加快工商业发展和城市建设，促使大批农民离开农地，才能根本解决上述难题。

2. 农地使用权与农民的生产自主权。在土地承包经营权制度下，农民的生产自主权受到限制，最初，土地承包经营权受到生产项目、作业种类、承包指标等的限制，土地承包经营者成为农村集体经济组织的机械的生产单位。随着国家粮食统购统销制度的取消，农民生产有了一定的自由，对于承包土地只要合理利用，不破坏地力（如取土挖塘，栽植果树等），农民具有较大的生产自主权。目前，对于农民生产、经营、销售等多方面的自主权，主要受到来自外部环境的制约。"由于政策环境的影响，生产经营主体的决策自主权的行使范围和程度都受到了很大的制约。对农户来说，不仅在生产上要受种植计划的控制，在销售上还要受定购和垄断购买的羁约（有的地方甚至仍在搞变相的统、派购）。……最主要的是，由于要素市场特别是资金市场发育的滞后，农户的投资决策权几乎都无法真正完全实现"。[③] 在短时间内我国粮食生产依然要依靠行政指标和多种行政措施的贯彻，采取层层制定和落实责任制的办法，达到粮食增产目的。例如，在实施"米袋子"省长负责制后，各省、自治区、直辖市的行政领导必须担任的责任就有：抓好粮食生产，增加农业投入，稳定粮田面积，提高粮食产量，完成国家的粮食定购任务等。由于狠抓了落实粮食播种面积和提高粮食单产水平的工作，1995 年全国粮食播种面积增加 516.95 千公顷。[④] 由此可见，我国农民的生产自主权是受到行政措施的有力制约的。在建立我国农

① 龚启圣、刘守英，《农民对土地产权的意愿及其对新政策的反应》，载《中国农村观察》，1998 年第 2 期。

② 许平，《婚姻流动与农村妇女的土地使用权保护》，载《中国农村观察》，1997 年第 1 期。

③ 宋洪远主编，《中国农村经济形势分析和对策研究》，中国经济出版社，1998 年 2 月初版，第 12 页。

④ 宋洪远，《"米袋子"省长负责任及其对粮食生产、流通和宏观调控的影响》，载《中国农村观察》1997 年第 2 期。

地使用权后，应当借助农地使用权的建立而使农民的生产自主权获得解放，农民在取得农地使用权后应当具有完全的生产自主权；而为了提高农产品产量所采取的各种行政措施应当加以改变，应适应农地使用权制度，采取宏观经济引导的方法加强各种市场机制，从而促使农民自由地选择生产种类，又使其能符合国家的农业经济政策需求。

总之，我国的土地承包经营权是在农民自我创新的基础上形成的一种权利形态，它需要通过转变为农业使用权而达致其设置的目的，在建立农地使用权制度时应当适应我国的基本国情。应当看到，农地使用权制度的建立并不能从根本上解决我国农业生产的自给自足和商品化率不高的现状，农地使用权制度仅仅完善了农民的基本权利，使其对土地的需求得到一定满足，但还要采取农地适度规模经营和市场引导的方法促使农民提高生产积极性，提高农地利用效率。农地使用权制度的建立仅是农业法律制度建设的一个重要组成部分。

第四节　农地使用权诸问题研究

一、农地使用权与集体成员身份之限制

集体经济组织成员身份问题，是建立我国的农地使用权制度不能回避的问题，集体经济组织的成员身份至今依然是分配土地承包经营权的主要条件，本集体经济组织成员只能在本集体内部承包土地，仅有少数几种土地使用权可以超越集体成员身份的限制，如林地使用权、“四荒”土地使用权等。越是与集体成员利益关系不大，开发开垦耗时费力的土地，越容易跨越集体成员身份的界线，由集体外成员承包。

我国《土地管理法》第 14 条规定，农民集体所有的土地由本集体经济组织的成员承包经营，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产，土地承包经营期限为 30 年。第 15 条规定，国有土地可以由单位或个人承包经营，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产，土地承包经营的期限由承包合同约定。农民集体所有的土地由本集体经济组织以外的单位或者个人承包经营的，必须经村民会议 2/3 以上成员或者 2/3 以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准。可见，目前农地之承包经营权的设立，并不仅限于本集体经济组织的成员，亦可由本集体经济组织以外的单位或个人承包经营。但要经过村民会议以多数表决同意并报乡（镇）人民政府批准。此外，本集体经济组织成员承包土地，期限为 30 年，而本集体经济组织以外的单位或个人承包土地，期限则由双方约定。

集体经济组织成员身份的限制是我国农地使用权制度创制中不可回避的问题。从历史上看，集体经济组织的公有土地是土地改革中农民私有土地入社而形成的，这就使得集体公有土地与集体成员之间具有人格上的联系。在长期的农业生产中，本集体经济组织的成员在这块土地上曾经共同劳动，投入了大量

的人力和资本，人民公社时期，除极少数地方过渡到以生产大队统一核算外，绝大部分地方是以“队”为基础，即基本核算单位是生产队，土地属生产队集体所有。以家庭联产承包为主的责任制是通过改革人民公社体制形成的，改革虽然废除了人民公社体制，但土地集体所有的历史格局并未改变，家庭承包绝大多数是在原生产队范围内进行的。[①] 从现实情况来看，土地承包经营权绝大部分是在集体经济组织成员间进行土地承包，原本稀缺的土地很难向集体外的成员发包，只有那些“四荒”地和山林地才有少量的例外，许多能够获得丰厚利润的土地，如渔塘、滩涂、果园等，更仅限于本集体成员间招标承包。在农地使用权创制中，笔者认为，不能忽视集体土地的这种历史根源和农民的实际需要。我国《土地管理法》第 14、15 条规定，集体土地可由集体外成员承包经营，并赋予集体经济组织决定权，这一规定是符合现实情况的。在将土地承包经营权转变为农地使用权之时，应明确规定，集体经济组织的土地仅由本集体成员享有农地使用权，但亦允许集体经济组织与集体外单位或个人设立土地承包经营权和农地使用权，但应经村民会议 2/3 的成员或 2/3 以上村民代表的同意。这种决定不必经乡（镇）人民政府批准，因为这种决定与集体外成员设立土地承包经营权与农地使用权纯系民事行为，应赋予集体经济组织完全自由的民事权利和民事责任。

在农地使用权的转让上，农地使用权转让的对象能否超出本集体经济组织，而向其他集体经济组织及其成员甚至非农业人口转让，目前有两种观点，一种观点认为，集体组织成员拥有的土地使用权，具有团体内部分配的性质，因此它的转让对象通常以本集体成员为限。这种限制，实际上起着保护集体土地公有公用的作用；可以保护社区居民的利益和维护农村社会的稳定，防止出现大范围的土地产权流动以及随之而来的大范围人口流动；[②] 另一种观点认为，有偿设立的农地使用权可以自由转让，法律应明确规定农地使用权可以转让并不得以特约禁止，而无偿设定的农地使用权，则可以禁止或限制农地使用权的转让。[③]

对农地使用权转让对象加以必要限制，是否违反了物权的基本原则？笔者认为，物权的目的在于将双方当事人的权利义务用法律规定固定下来并明确加以公示，国家为公共利益之目的以法律形式对用益物权的转让加以限制并未影响用益物权人的权利义务之物权特性，相反却有利于国家公共秩序和公共利益的实现。此外，在经济发展过程中，由于农民享有的是农地使用权，而农地使用权作为国家赋予农民的基本民事权利，必将负载着国家对于农业经济发展和

---

① 农业部冬季下乡工作办公室，《稳定和完善农村土地承包关系专题辅导材料》，1997 年 11 月。

② 王卫国，《中国土地权利研究》，中国政法大学出版社，1997 年 5 月出版，第 194 页。

③ 梁慧星主编，《中国物权法研究》（下），法律出版社，1998 年 6 月出版，第 736 页。

公共利益的需求，因而不可避免地会提出农地使用权能否因国家农业政策和公共利益的需要而受到限制，这种限制是否违背农地使用权的物权特性以及在哪些方面农地使用权应受到限制等诸多问题。农地使用权是不同于享有土地所有权的自耕农制度，而是一种建基于集体土地所有权之上的土地使用权制度，因而农民所享有的农地使用权本身就是一种法律上的创制，这种法律制度并不是由集体经济组织和土地使用者自愿选择的，而是由国家法律规定的。正是基于农地使用权的这一特点，在国家向农民赋予农地使用权之时，除使农民享有真正的民事权利并对此加以切实保护外，国家对农业经济的政策和公共利益的考虑，亦会通过农地使用权制度得到贯彻与实现。如果任由农地使用权自由转让，就会造成经济收入低的地区农民纷纷“卖地”，使大批农民失去土地，造成社会动荡，亦会助长囤积土地和雇佣剥削现象的出现。在土地承包经营权制度中，土地承包经营权的流转是“在坚持土地集体所有权不改变土地农业用途的前提下，经发包方同意，允许承包方在承包期内，对承包标的依法转包、转让、互换、入股，其合法权益受法律保护，但严禁擅自将耕地转为非耕地。土地承包经营权流转的形式、经济补偿，应由双方协商，签订书面合同，并报发包方和农业承包合同管理机关备案。”① 可见，在土地承包经营权制度中，由于土地承包经营权的转让应经过集体经济组织的同意，因而尚可在一定程度上限制土地承包经营权向集体外成员转让。在现实生活中，存在着专业户有跨村范围进行土地规模经营的需求，非农人口亦存在着向农民承包土地的要求，农民转让土地承包经营权时能否以集体外成员为对象，始终是一个没有解决问题。在农地使用权创制中，是否能向集体外成员转让农地使用权，应考虑如下几点问题：

（1）限制农地使用权转让的对象，并不违背农地使用权作为物权的基本原则，中国台湾《民法物权编修的草案》第 843 条规定：“农地使用权人得将其权利让与他人或设定抵押权。但契约另有订定或另有习惯者，不在此限。”可见，以契约另有订定或另有习惯即可限制农地使用权人自由转让或设定抵押权，但此种约定或习惯应加以明确公示；

（2）限制农地使用权转让于集体以外，有利于维护集体土地利用关系的稳定。任由农地使用权转让出集体范围，因农地使用权的物权性、长期性，甚至可继承性，就会造成集体土地的变相流失，使本来稀缺的土地减少，本集体经济组织的成员将拥挤于少量的土地上，造成贫困加剧，人口外流；

（3）限制农地使用权向集体外成员转让，与限制农地使用权向集体外成员设立具有相同的历史性因素，不限制农地使用权向集体外成员转让，限制农地使用权向集体成员设立就没有更大意义；

（4）限制农地使用权向集体外成员转让，有利于保持区域性人地关系的稳

① 农业部，1994 年 12 月 30 日《关于稳定和完善土地承包关系的意见》。

定、协调，如任由农地使用权的集体外成员转让，则会使农村人地关系更趋紧张，使有的农民失去土地，而城市人口及其他集体成员挤占有本集体土地，造成已相当紧张的人地关系格局更为混乱，矛盾更为尖锐；

(5) 限制农地使用权向集体外成员转让，允许集体外成员仅能出租农地使用权或由农户的农地使用权入股，是比较稳妥的道路。需要增加农业用地以进行规模经营时，可以由专业户向享有农地使用权的本集体及外集体成员求租或由农户以农地使用权入股，从而使农地经营者享有土地规模经营之利，又使农民没有失去土地之忧，可以提高农地利用的商品率，促进农民经济收入的提高，促进农业和农村经济的迅速增长。

在我国现阶段，为了保持社会稳定，稳步增加农业生产力，取农地使用权之利而防其弊，有必要暂时限制农地使用权的自由转让，在经济发展到一定阶段，农业人口大规模外流，工业化已达一定发达程度，人地关系趋于缓和，为了提高规模经营水平，再放开农地使用权自由流转的限制，放开享有农地使用权的数额限制，鼓励小农经济向农场经济过渡，才是一条对经济破坏最小的道路。因此，在农地使用权转让的问题上应采取谨慎态度，限制农地使用权向集体经济组织以外的单位和个人转让，而鼓励并制定相应法律制度促使农民将农地使用权向集体经济组织以外的单位和个人出租或入股，这样同样可以达到土地适度规模经营的目的，又使农民不失农地使用权而获得稳定的经济收入。此外，我国传统习惯上，农民不愿意失去土地，多采用古典的方式使自己享有回赎的权利又不失土地所有权。在确立农地使用权制度后，农民享有稳定长期的农地使用权，在非常需要与土地相分离时，亦多不会采取出卖农地使用权的办法，同时在农地使用权制度中，无法在农地使用权上设置典权，因而出租或入股现象会增加。因此，将农地使用权转让对象限制于集体经济组织内部，而鼓励采取农地使用权出租或入股等方式是一种稳妥的选择。

在农地使用权的继承上，目前学术界均主张农地使用权可以由继承人依法定继承方式继承。[①] 问题是由继承人平均分配遗产会造成农地的进一步严重细化，而且非农业人口取得农地使用权不利于农业生产，这些问题都是十分现实而无法回避的。如何促使农地使用权在继承中不至于过于细化，促使非农业人口退出农地使用权是我国农地使用权继承制度要达到的目标。

有学者认为，从事农业生产经营的继承人，可优先分得农地使用权，对属于非农业人口的继承人，在被继承人的其他财产不足以与农地使用权价值相当时，可采取折价补偿的做法。如果继承人均为非农业人口，亦可继承农地使用权，但是，除非该继承人自此而从事农业生产经营活动，否则应在规定时间内，将农地使用权变卖给从事农业生产经营的其他人。笔者认为在农地使用权有效

① 王卫国，《中国土地权利研究》，中国政法大学出版社，1997年5月出版，第196页。

期内，农地使用权人死亡的，农地使用权可由其继承人依法定继承顺序取得；此时可发生农地使用权在剩余期限内由他集体成员或非农业人口取得的现象，如在农地使用权继承中限制非本集体经济组织成员取得是违背继承法基本原则的。为了使农地得到更有效的利用，如继承人中有非农业人口，应以法律明确规定，由从事农业生产经营的继承人优先分得全部农地使用权，而非农业人口则尽可能分得其他财产，不足部分，由从事农业生产经营的继承人予以补偿。

农地使用权的抵押上，学者们均认为农地使用权可以进行抵押。"《担保法》第37条第2项关于耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权"不得抵押的规定过于僵硬，它实际上反映的是旧体制下不承认集体土地承包经营权的物权性质和不承认农村地产市场的政策取向"[①]。有学者主张农地使用权仅可在集体成员间抵押，其理由是"这种抵押权仅可用于担保农户之间因借贷等民事流转所形成的债务。而且这种抵押还受到诸如土地拥有面积限制、转让范围限制等规则的制约。这种制度安排，有利于稳定农村土地使用分配格局，从而避免出现大量农民因借贷和抵押而丧失土地乃至流离失所的情况。"[②] 笔者认为，限制农地使用权向集体外成员转让，则必然要限制农地使用权设定抵押于集体外成员，否则任由农民向集体外成员设定抵押权，将造成农地使用权的不良集中，导致土地享有上的不均衡。

二、农地使用权的租金问题

在现有的土地承包经营权制度中，农民对土地的承包经营权与农民向集体经济组织所负担的"村提留乡统筹"费用及农村义务工和劳动积累工的关系是模糊的。农民作为集体经济组织的成员所负担的义务是由《农民承担费用和劳务管理条例》加以规定的，负担上述义务的农民并不仅限于承包土地的农民，承包耕地的农民按其承包的耕地面积或者劳动力向其所属的集体经济组织缴纳村提留和乡统筹费；而经营个体工商业和私营企业的，也应在税后按经营所在地规定的提取比例缴纳村提留和乡统筹费。"三提五统二工"均是作为乡村集体经济组织农民所应承担的具有行政性色彩的义务。

承包费与"村提留乡统筹"费是有区别的。中办发［1992］16号文件《关于进一步稳定和完善农村土地承包关系的通知》第5条规定："不得随意提高承包费，变相加重农民负担。除工副业、果园、渔塘、'四荒'等实行专业承包和招标承包的项目外，其他土地，无论是'口粮田'、'责任田'、'经济田'，还是'机动地'，其承包费都必须纳入农民上交的村提留乡统筹费的范围，按中央关于减轻农民负担的有关规定严格管理"。可见，目前土地承包经营中的经费是包含在"村提留乡统筹"费之中的，其数额亦不超过上年农民人均纯收入的5%。

① 王卫国，《中国土地权利研究》，中国政法大学出版社，1997年5月出版，第203页。
② 同①，第203页。

此外，通过专业承包和招标承包的项目，承包费则不受法律限制，而采用约定价款。

可见，在我国土地承包经营权制度中，目前有两种形式农地承包费，一种是包含在“村提留乡统筹”之中的承包费，它由法律加以明确限制，以村农民人均收入为计提标准，而不超过上年村农民人均收入的5%，在有条件的地方，甚至可以实行一定几年不变，按年度收取的办法。另一种是果园、渔塘和“四荒”地等的协议约定的承包费。在农地使用权的制度中，农民有支付租金的义务，目前这种租金是包含在村提留乡统筹费之中的。此外，农民还作为生产劳动者和集体经济组织的成员承担下列合法负担：①依法纳税，从事农业生产并有农业收入的，应缴纳农业税；从事农业特产品生产的，应缴纳农业特产税；②应完成国家规定的粮食、棉花等主要家产品定购任务；③农村义务工和劳动积累工，农村义务工是指用于植树造林、防汛、公路修建、修缮校舍等必须由农民承担的劳务；劳动积累工是指用于农田水利基本建设和植树造林，必须由农民承担的劳务；④按照国家有关规定，农民应承担的其他费用，如农村教育集资、国务院或省级人民政府及其财政、物价主管部门会同农民负担监督管理部门按规定审批的行政事业性收费；财政部会同农民负担监督管理等部门批准或国务院批准建立的基金等。行政事业收费和基金不面对全体农民，而只针对特定行为征收。农地使用权租金的特点是其数额并不由集体经济组织确定，而是由国家依法规定，以保障农民的利益，防止各地对农民收取不同比例的租金而增加农民负担，确保社会稳定。

关于农地使用权租金的增加，笔者认为应由国家依法规定农地使用权租金的增加。目前这一数额被限制于上年人均纯收入的5%之内，随着农业经济的发展，这一租金比例是否有所增加，应由国家依法确定。对于承包费的减免，目前法律亦是从“村提留乡统筹”费用角度作出规定的。《农民承担费用和劳务条例》规定，对收入水平在本村平均或以下的革命烈军属、伤残军人、失去劳动能力的复员退伍军人和特别困难户，经村集体经济组织成员大会或者成员代表会议讨论评定，适当减免村提留。乡人民政府评定贫困村，经村集体经济组织提出申请，农民负担监督管理部门审核，乡人民政府同意，报乡人民代表大会审议通过，可以适当核减乡统筹费。对因病或伤残不能承担农村义务工、劳动积累工的，经村集体经济组织成员大会或者成员代表会议讨论通过，可以减免，对受灾地区农民上交的村提留乡统筹费要适当调减，受灾严重的农户，免交全部公益金和公积金。[①] 有学者认为，可减免租金的法定原因应包括三种：①不可抗力；②发生并非农地使用权人原因的重大变故；③农地之一部分灭失，农地

① 1996年12月30日《关于切实做好减轻农民负担工作的决定》。

使用权人可请求减免土地灭失部分的租金。[1] 笔者认为目前对于“村提留乡统筹”费的减免原因中已包括上述列举的原因，完全可以采行以用于农地使用权制度。

三、农地使用权与农民对土地的投资保障

农民取得农地使用权后，如何确保其对土地利用率有显著提高，确保农民对土地持续而稳定的投资，是农业经济发展的重要课题。保障农民对土地投资的持续和稳定，可采取延长农地使用权期限、保证农地使用权续期、鼓励农民对土地上修建农用附属设施等多种措施。

台湾《民法物权编修正草案》第 849 条规定，“农用权人为增加土地的生产力或使用上之便利，支出之特别改良费用或其他有益费用，土地所有人如知其情节而不即为反对之表示者，于农用权消灭时应偿还之。但以其现存计之增价额为限”。这一规定显然是为了使土地所有人不致因土地使用者的改良而支付过多的土地之特别改良费用。然而，我国的农地使用权不应对此有所限制，不仅要促使农地使用权人合理利用土地，保持土地的生产力，而且应鼓励农民对土地作出更大的改良，对土地的投资越多，越符合国家和集体的利益。因而在农民对土地作出有益投资时，集体经济组织应鼓励这种投资和土地改良费用，在农地使用权期限届满时，集体经济组织非但不必支付不当得利费用而予以收回，相反，应延长农地使用权的期间，保障农民继续享有农地使用权及其对土地的投资。正如有些学者所指出的，“为农业以外的目的所修建的住宅、房屋、坟墓；非为实现使用目的、提高农地使用效益所直接必需的设施应不予准许修建。如果附属设施是永久性的，在修建时应先征得土地所有人的同意；如果该附属设施有利于提高农地的使用效益，并且并不改变土地的属性或用途，土地所有人应予以同意。”[2]

在农地使用权转让时，中发［1984］1 号文件《中共中央关于一九八四年农村工作的通知》中指出，对农民向土地的投资应予合理补偿，可以通过社员民主协商制定一些具体办法，例如给土地定等定级或定等结价，作为土地使用权转移时实行投资补偿的参考。农业部 1994 年 12 月 30 日《关于稳定和完善土地承包权的意见》中规定，在承包经营权转让时，必须保护实行耕作者的权益，各地要制定土地承包经营权转让费最高限额。目前土地承包经营权流转中，关于土地转让的期限、数量、补偿办法、定购任务和承包费的处理等具体问题，多由农户之间协商确定；这样，在农地使用权转让时，就既要肯定原农地使用权人对土地的改良和投资，又要保护实际耕作者的权益。笔者认为，前者是主要的。要保护农民对土地利用的积极性，提高农地使用率，就要保障农民对土地的投

① 梁慧星主编，《中国物权法研究》（下），法律出版社，1998 年 6 月出版，第 726—727 页。

② 梁慧星主编，《中国物权法研究》（下），法律出版社，1998 年 6 月出版，第 222 页。

资及其对土地投资的收回权益。因而，制定农地使用权转让费最高限额时，应充分考虑到这种利益平衡关系。

总之，我国农地使用权制度是在土地承包经营权制度之上进一步的完善，建立符合我国国情的农地使用权制度，是我国农地使用权制度的立法宗旨，因此应完善农地使用权自身的物权性规范，但也应注意，我国农地使用权制度负载着国家与集体经济组织对于农地使用权的特殊要求，这也正是我国农地使用权制度的特殊性所在，国家集体经济组织和农民个人利益相互结合，才能最终建立起调整我国农地利用法律关系的农地使用权制度。

第九章 股份合作制与入世后我国农村土地使用制度的调整

第一节 股份合作制的产生与表现形态

在我国农村，随着农村经济的发展，兴起了以股份合作制度来组建和规范农村集体经济组织及乡镇企业，甚至各类供销合作社、信贷合作社的现象。在此，笔者涉及的是，在股份合作制的经济组织中，农村土地之权利义务的变化形态，以期通过对股份合作制这一产生于实际经验之中的组织形式的分析，探讨农村土地所有与使用制度的特殊发展形态及其与土地使用权制度的关系问题，以求得在股份合作制逐渐发展的今天，我国农地制度改革的进一步完善的模式。

股份合作制最早产生于乡镇企业的组织形式改革之中。在我国，最早出现股份合作制企业的是全国三大乡镇企业制度建设试验区：浙江温州、山东周村和安徽阜阳。[①] 主要是通过集资入股而组建乡镇企业的形式逐渐摸索出股份合作形式，以解决乡镇企业建设过程中资金短缺、规模偏小的问题。在股份合作制度发展过程中，逐渐形成了两种主要类型的股份合作制形态：一种是企业型股份合作制，这种模式以山东周村和浙江温州最为典型，其特点在于把部分集体资产仅仅“量化”到企业内部职工，留有集体公有的资产归社区范围内全体劳动者公有。周村股份合作企业，主要是将原有的社区集体企业的财产重新界定，设置乡镇集体股、企业股和职工分配股，并适当吸收社区组织以外的社会股。乡镇集体股占原来集体企业财产的70%，企业股占30%，职工分配股是企业股中划出一部分按劳量化到人，只享受分配权益的股份。温州股份合作企业则主要是由个体、家庭企业逐步演变而成，以个人股份为主设置股权，股权比例以合股时的资产量为准。股权基本上处于有股份无股票，有股金无市场的状态，仅仅允许在社区合作组织，企业之间内部流转，企业基本上实行“按劳分配为主，按股分红为辅”的原则。[②] 这种模式的股份合作制乡镇企业是发展最早、最为成熟而普遍的一种股份合作制形态；另一种是社区性股份合作制，这种模式是股份合作制在村集体经济组织层面上应用的结果。深圳市横岗镇的做法是：等额分配股份，凡户口在本村，行政管理在本村，劳动和生活在本村，对本村

---

① 陈雨露、沈承刚，《中国农村股份合作制导论》，北京经济学院出版社，1996年9月初版，第15页。

② 李大胜、刘业华，《深圳农村股份合作制研究》，中山大学出版社，1994年2月初版，第140页。

的生产、经济、行政承担义务的村民，年满16岁以上的即可分得全股，16岁以下的分得半股。这种做法在集体经济积累较少的地区适宜采用，如集体公有积累较多，则在确认股份时就无法做到股份平等，而应根据劳动力的劳动年限、贡献、技术等级设立劳动积累股、贡献股、技术股等，这样劳动者拥有的股份是不均等的，收入也是不均等的。此外“全股”只是意味着一个村民在合作组织中，其不可分割财产所有权的一份额，但不可转让、抵押、继承、提取股金等，因此，很难称其为真正的“股份”。在财产管理中，每户村民派出一名股东参加股东代表大会，共同商讨村里的经济投入项目，福利基金的使用、分红、干部报酬以及各大项目支出，这样的做法又保持了原村集体经济组织民主管理的特点。[①] 在深圳横岗还建立了相互关联的自然村、行政村、镇三级股份合作制体系。在上述自然村股份合作制之外，行政村在村区划内也实行股份合作制，按现值清产核资并折成股份，部分股份（一般50%以上）留归行政村，余下的分配给自然村，每个自然村获得多少份额，主要由本自然村常住人口数决定并每两年调整一次，行政村的村民委员会和自然村村民小组为全部股份的股东。在分给自然村的股份中，按一定比例计算作为土地股，自然村被行政村征用的土地按一定标准折成股份。扣除土地股后，依全劳动力全股、半劳动力半股的原则按常住人口平均分配到自然村。分配给自然村的股份，未经股东代表大会讨论通过并报镇人民政府批准，不得分解、提取、转让和抵押。在镇一级成立镇股份投资有限公司，它将各行政村和镇级企业投资的集体股作为公司初始资金来源，同时吸收本镇居民的闲散资金发展第二、三产业。股份公司集体股份资金主要用于开发市场波动较大、不易掌握、周期较长、管理复杂，并且有一定风险的项目。自然村股份合作社，行政村股份合作联社和镇股份投资有限公司三级经济组织，都是法律地位平等的独立法人，但在经济上存在参股关系，即下级组织均为上一级组织的股东。[②] 在深圳宝安区沙井镇万丰村，在通过股份合作制对村集体经济组织进行改造过程中，对原来的20个生产队进行整编，重新组建成5个相对集中的小村合作社。由于乡村工业较为发达，村民大多转向工商业，在这种情况下，自然村和行政村分两级集中土地；自然村建立了股份合作社，以土地补偿费作价，以土地入股的办法将原来分散在村民手中的土地集中到自然股份合作社。凡有土地股的村民，日后享有村集体分配，但是自然村（小队、生产队）并没有将土地转作非农用地的任何权利。同时，由于大工业要求对土地的合理规划和使用，需要大量投资进行村政建设，因此，导致土

---

① 周锦庭、吴以环等，《农村股份合作经济的规范与运作：深圳市横岗镇的探索》，中央党校出版社，1995年5月初版，第52—57页。

② 陈雨露、沈承刚，《中国农村股份合作制导论》，北京经济学院出版社，1996年9月初版，第217－219页。

地向行政村集中。而行政村并没有权利无偿占有小村的土地 ，于是，行政村成立经济发展总公司，向自然村再次征地，自然村以土地作价入股，在行政村一级经济中占有股份，参与分配。土地经过两级集中，最后以有偿形式归还集体，集中在行政村。[①] 在万丰村的股份合作制中，村民所享有的股权主要有土地股、集体股和资金股三部分构成。“土地股”平均分配，是一种象征性的名义“股份”，其股份额以土地补偿含糊地予以表示，并没有明确具体数额，拥有土地股的资格是，曾在本村土地承包，以土地承包补偿费入股，户口又未迁出本村的农民。拥有土地股并按要求投入一定数量的资金股的村民是合作社的当然成员，依此参加合作社的人均分配。集体股是将集体资产“以人口平均名义到户，每年按人分配”。最初，拥有集体股者为拥有土地并参加工作者，以后就不再以参加劳动为条件，而是以是否拥有村籍（即以土地权和户籍为依据的社区身份）作为条件和资格。对于婚嫁而变动户籍者，其集体股的处理办法是：①新嫁入的女方或“男到女家”的男方及其子女，须在三年后方可实际拥有集体股并参加集体分配；②嫁出村的女方及其子女，在三年内仍可拥有集体股，有权参加分配，逾期则自动失效。资金股则是在集资过程中村民实际投入的财产，资金股的拥有者可以是村民，也可以是外村人，依据各自投入额而享有资金股及分红，资金股可以转让、赠与、继承和抵押。[②] 广东省南海市股份合作制的做法主要有两种：一种是将农村社区的全部土地、资金及集体企业固定资产和流动资金作价折股，并量化为社区范围内的农民占用，以股份制方式运作的综合性股份合作经济组织；另一种是不涉及集体其他资产，仅将原来农民承包的土地作价折股，量化成等额股份，配置给农民占有，土地归集体统一规划、开发、使用的股份合作制组织。股份合作制经济组织的股权主要为两种：一种是集体股，指原集体资产折价入股后作为集体经济组织所持有的股份，持股者是股份合作经济社或经联社。另一种是个人股，又分为土地股、基础股、贡献股等。土地股是指农民将原来承包的土地折价入股后所占有的股份，基础股是指原集体资产折价后配给农民所有的股份，贡献股是根据农民对集体经济的贡献大小，以年龄或参加土地承包次数为依据配给农民的股份。股东资格为：①在规定时间内有本村农业户口，参加本村生产劳动，对本村的经济、社会承担义务的社员；②原有本村农业户口人员，在规定时间内，参加过集体生产劳动，在部队的现役军人（已提干及转为志愿兵的除外），在校读书的中专、大学生（到领取毕业证为止），享受本村人员的同等股份；③原有本村农业户口人员在规定时间内，参加过集体生产劳动，已转为非农业户口或已招工招干人员和外嫁女等的股权确定，可与留在本村社员的股权有所区别，已转为非农业户口，但仍在本村有

---

① 林玉萍主编，《万丰村的共有制之路》，中国社会科学出版社，1998 年 5 月初版，第 264 页。
② 同①，第 285 - 287 页。

关部门和企业工作的，与本村人员享有同等股权。[①] 除企业性股份合作制和社区性股份合作制之外，在我国还产生了其他种类的股份合作制，如林业股份合作制，包括社区型林业股份合作制和股份合作制林场，渔业股份合作制，种植业、养殖业的股份合作制，土地开发中的股份合作制，农田水利建设中的股份合作制，农村股份合作制金融组织、商饮业、运输业、建筑业、农机维修等服务业中的股份合作制及农村流通供销股份合作制经济组织等。

从社区性股份合作制的发展中可以看到：①社区性股份合作制经济组织主要形成于农村经济较为发达的沿海发达地区，农民从事工商业活动数量较多、兼业化程度高，土地具有适度规模化经营的条件。②一般均将集体资产分为集体股和个人股（社员股、福利股、个人分配股等），集体股占股份合作制经济组织股本总数半数以上，个人股主要是由农民承包土地折价形成的土地股，农民对集体公有资产所做出的贡献大小而形成的贡献股等多种股权形式组成。由于农民年龄、劳动能力、对集体资产做出贡献大小、社籍、婚嫁、迁移、上学、受刑事处罚、违犯计划生育等多种因素，个人股的计算因地而异，相当复杂。对个人股，一般均采取“虚股实红”的办法。个人股不得转让、赠与、抵押、继承，只能凭股分工，“有偿认股，实股实红”暂还做不到，这主要是受到农村社区性股份合作制经济组织的社员资格的限制。③股份在全社区范围内分配，社员资格的确定和享有是拥有股份的关键。④拥有股份的社员可以从事工商业活动，脱离土地，脱离农业生产，使部分农民进行规模化经营，利用农业科技和机械化，提高农业产量和农产品的商品化率，促进农业生产结构调整和“三高”农业的发展，村民即可保持家庭经营，也可以将土地承包经营权归还给股份合作社而凭股权领取土地股息和红利。本文试图对社区性股份合作制进行探讨，以明晰农地使用权制度与农村社区性股份合作制经济组织之间的关系。

第二节　社区性股份合作制的法律性质

社区性股份合作制是农民自发创造的一种经济组织形式，是在现有农村集体经济组织的现状基础上，通过农民的逐步探索而形成的。对于社区性股份合作制来说，在发达地区，社区性股份合作制有利于促进农地的适度规模经营，这种作用是非常显明的。此外，在对集体资产的经营管理方面，由于土地及其他主要生产资料集中在集体层面上，就便于统一经营，灵活运用集体资产，以相对集中统一的资产进行各种工商业活动。在社区性股份合作制经济组织中，农民的土地股已由实际上对土地的耕作和支配权而演变为福利性的获得股息红利的凭证，土地股不得转让、继承、抵押，使得土地不在实际上进行分割，造

① 王琢、许浜，《中国农村土地产权制度论》，经济管理出版社，1996年1月初版，第222—225页。

成地块的零碎，也没有流向集体外成员的顾虑。由于集体经营层面的加强，国家、集体、个人三方都能够获利，更为重要的是股份合作制利用股份公司的组织机构，明确了集体资产的所有、管理、监督职能，促进了村集体的公有资产的民主管理，土地由分散经营通过股份合作制复归集体经营，有效地解决了因农业生产成本逐年上升，农业投入及农业生产资金短缺的现象，可以利用集体资产和适度规模化经营有效降低农业生产成本，提高农业生产的比较利益。可见，社区性股份合作制是农村集体经济组织在农业发展过程中完全可以采用的一种组织形式，对于加强集体经济层面上的经营管理，促进公有制经济的壮大亦是相当有利的。社区性股份合作制产生于实践，其本身带有诸多的随机性和不妥当性，它在原有的合作制经济组织的基础上，又引进了股份制经济组织的部分要素。那么，社区性股份合作制是否已改变了合作制经济组织的特性呢？

一、社区性股份合作制与股份制

社区性股份合作制与股份制有着明显的差异：

(1) 社区性股份合作制之集体股和个人股，不得转让、继承、抵押，仅是作为分红派息的凭证而存在，而股份制中的股份则不存在这样的限制。

(2) 社区性股份合作制中的个人股权，其中的贡献股（劳动积累股）依社员为集体公有资产所作贡献大小而定，各地均制定有相当细致而复杂的规定，在股份制中是没有这种股权类型的。

(3) 社区的股份合作制的分配形式采取按劳分配为主，按股分配为辅的形式。例如，广州市天河区股份合作制经济组织的分配主要由两部分组成：一是按劳分配，即农民家庭经营的收入和社员在集体经济组织劳动的工资收入；二是按股分配。按劳分配占农户总收入的90%，按股分配仅占10%左右。在按股分配中，又分为按股取息和按股分红两种。一般来说，现金股基本上是按股取息，劳动积累股为按股分红。股份分红的对象是扣除了各种生产成本（包括村办企业工资）、税收、当年应还贷款等之后的集体统一经营纯利润。设有集体股的村，采取按集体与社员各占总股份比例分配；不设集体股的村，则采取先提留40~60%不等的纯利润作为集体扩大再生产、社区性公共福利事业等项目的开支，然后将余下部分按股分红。也有的村，根据生产发展的需要和股东的意愿，数年没有分红。[①]

(4) 社区性股份合作制并未改变集体公有资产的性质，并未因采取股份的形式，而使集体财产化为社员的股权。相反，因社员的劳动积累和集体及分红，集体财产在产权上得到明晰，在数量上有迅速地增加。而股份制经济组织中，股东是公司财产的所有者，公司并未形成一种完全独立于股东的逐渐增值的公

① 胡若哲、安伟等，《中国农村股份合作制理论与实践》，河南人民出版社，1996年7月初版，第270-271页。

有财产。

社区性股份合作制经济组织并不是股份制经济组织，社区性股份合作制中的股份与股份制中的股份有明显的不同。正如有学者所提出的问题："农民私人对其承包的土地并没有所有权，何以转化为股权？股权是狭义所有权在股份制条件下的特殊形态。如果承认农民私人现有的股权，似乎就等于默认了农民原来对土地的分散承包实质上是土地私有化。如果坚持认为原来农民家庭只是在集体所有制前提下获取了土地经营权，那么，股份合作制条件下农民为什么能以承包的土地入股，获得股权？"。[①] 社区性股份合作制中的个人股份并不意味着社员对集体公有财产的所有，这种股份只是集体与社员每年分红派息的凭证，而且这种股份的来源，也存在着自身的矛盾。如果农民的土地承包经营权会因发包方村集体经济组织的存在而设立，并用土地承包经营权入股而创设股份合作制经济组织，因而在此就存在着两种组织形式——村集体经济组织与股份合作制经济组织。而在实践中，这两者是合一的，实际上就是将村集体经济组织变为股份合作制经济组织。农民将土地承包经营权入股，化作等额的土地股，这并不意味着集体资产是由农民的土地承包经营权组成的，农民将土地承包经营权入股行为并未使集体土地成为农民投资入股的土地承包经营权所组成的，集体公有土地依然是公有制形式下的公有财产。

那么，社区性股份合作制经济组织中的股权究竟是一种什么样的权利形态呢？有学者认为，它是一种剩余价值索取权。股份合作制条件下的农民个人股，是一种打了折扣或不完整的股权。①农民作为集体土地的原有承包者，在入股选择上并没有完全自由，可以说是被动的参与了产权变迁。②不能转让或继承、买卖，土地股权一般按人头（加上年龄差异）分配，基本上以原来承包的土地数量为股权的数量界限。③股份合作制下的表决规则是一人一票，而不是一股一票，因而，农民的土地股权只是一种不可转让，只可作为获取收益依据的剩余索取权，并没有相应的股权全部权能。[②] 这只是指明了社区性股份合作制中的股权的一个方面，究其实质，此种股权依然属于社员权范畴。社区性股份合作制依然采取一人一票（或一户一票）、民主管理等合作制经济组织的管理方式，这是社区性股份合作制与股份制经济组织的明显区别，它不同于以出资比例行使表决权的股份制经济组织。此种社员权的外在表现形态是一种股份（或股权），此种外在表现形态，借鉴了股份制的派息分红，提取公积金、公益金及三权分立式的组织管理机构，从而使集体内社员个人的权利份额显性化，集体公共积累显性化，加强了集体内部的组织管理，但这一切难以掩盖农民所拥有的股权的内核是合作制经济组织的社员权，而非真正的股份制经济组织中的股权。

---

① 黄少安，《中国农村股份合作制中的"准土地股权"》，载《经济研究》，1995年第7期。
② 同①。

因而，笔者认为，社区性股份合作制经济组织，在性质上是属于合作制经济组织，其农民享有的股权依然属于合作社的社员权。

二、社区性股份合作制经济组织与农村集体经济组织

在我国，农村集体经济组织是农村集体经营组织的主要形式。近年来产生的社区性股份合作制经济组织，在相当程度上改变了农村集体经济主体缺位、组织涣散残缺、集体经营不利的状况。正如有学者所概括的：首先，在实行股份合作制过程中，都充分依法保护和扩大集体财产，在折股时，都划出一定数量的集体股，并保持集体股占主导地位；其次，部分集体财产量化到人，但个人所得股份不准提取、转让、抵押和流通，这是一种生产资料价值形态的分割性和生产资料实物形态的集中占有运用的对立统一运动。这不仅符合社会化大生产和商品经济发展的趋势和要求，而且体现了马克思在《资本论》中提出的“在协作和对土地及靠劳动本身生产的生产资料的共同占有的基础上，重新建立个人所有制”。股份合作制是消除农村非农产业，统一层次的改革真空的好形式，是完善双层经营体制的突破性改革措施。股份合作制的实行，适应了社会化生产和商品经济发展的要求，健全了集体经济的积累机制、监督机制、激励机制和约束机制。[①] 社区性股份合作制经济组织与农村集体经济组织有着明显的差异，虽然两者都是属于合作制经济组织范畴，但社区性股份合作制经济组织因其股份制因素的引进而在诸多方面具有自己的特色。社区性股份合作制经济组织的特色来自于它对于股份制经济组织某些基本要素的引进。社区性股份合作制经济组织的创建，对于我国村集体经济组织的改革来说，是具有进步意义的。

①吸收股份制基本要素，可以明晰农民的社员权，也可以使集体公有资产得到明确的量化，不仅有利于巩固和发展集体经济，使集体经济能够在自我积累和自我发展的过程中逐步壮大，而且也有利于显化社员在集体经济组织中的权利和义务，将社员与集体的利益、责任紧密地联系起来，建立集体经营与农户个人收入的内在联系机制，改变原有的农村集体经济组织中集体经营与农户家庭经营彼此分离，甚至相互矛盾的状况。

②在组织管理上，借鉴股份制的特点，设立董事会作为股份合作制经济组织的领导机构，股东代表大会是最高权力机构，对重大经营活动进行决策，经理及一般工作人员均由董事会聘请专业人员担任，实行经营管理的专职化，这样就改革了原有的农村集体经济组织机构设置不健全、职能不明确的弊端。可见股份合作制并不是从家庭的分散经营向合作制经济组的简单复归，而是在组织管理上有了鲜明的特色。也正是因此，有学者认为股份合作制是合作制的一

① 李大胜，《对社区性合作经济组织实行股份合作制几个问题的探讨》，载魏双凤主编，《中国沿海开放地带农村经济发展新论》，华南理工大学出版社，1992年9月初版，第236－237页。

个亚种，合作制有股份合作社与非股份合作社之分。[1]

③在生产方面，股份合作制经济组织可以采取比较灵活的生产经营方式，或采取家庭经营方式，或采取集体统一经营，或采取由少数“大耕户”专业经营方式，在提高农业生产和土地利用效率，促进农地规模化经营方面，比原有的集体经济组织分散经营、农地过分零碎、不利于提高土地利用率和生产效率均具有明显优势。

④在分配制度上，股份合作制经济组织采取工资与派息分红相结合的办法，从而将劳动合作所带来的收益，通过股份形式显化，使集体利益也得到显化。通过吸收和借鉴股份制的优势，使原来集体经济组织中合作劳动，按劳分配的制度，能够以股权形式表现出来，做到民主、公开、平等、有偿，同时分配与责任是密切相联的，这是股份化的一个显著特征。集体利益与个人利益正是通过收益分配机制而得到密切的结合。

由此可见，在我国沿海开放地区，社区性股份合作制经济组织可以有效地强化集体层面上的经济与经营活动，有效地增强公有资产的社区性，产权明晰，收益公平，促进资产的集聚和流动，在促使农民摆脱兼业化状态，由农业生产向工业生产转化过程中是一个相当有利的工具性经济组织形式。

社区性股份合作制与农地使用权制度是农村土地承包经营权制度改革的两个方向，前者侧重于在集体层面上进行改革，后者则侧重于创建一种集体与家庭经营相互协调发展的制度。前者主要发生于集体经济有快速发展，农业生产不占有主导地位，农民思想意识较为先进的沿海地区，后者则是我国相当大部分地区今后土地承包经营权制度改革的方向。此外，在一些大中城市郊区的乡村集体经济组织，在耕地被征用，农村劳动力大部分“农转非”的情况下，为了保住集体资产不被分掉、平调，防止集体经济被瓦解，采取股份合作制形式改造原村集体经济组织，由集体统一经营，社员分红，亦可建立一种社区性股份合作制经济组织。

社区性股份合作制与农地使用权又是并行的。农地使用权制度旨在将农业用地使用权平均分配到农民手中。目前各地延长土地承包期 30 年不变工作正在进行之中，即使在沿海开放地区，许多农民长期在外经商甚至出国务工经商，在分配土地承包经济权时亦难以放弃这一权利。[2] 因而在我国建立农地使用权制度是农地制度改革的主要方面，也是首要的任务和工作。应当看到，社区性股份合作制是土地适度规模经营的有效方式，中央对于农村股份合作制的政策是：“农民采用多种多样的股份合作制形式兴办经济实体，是改革中的新事物，要积

---

① 任全珠，《股份制：历史起源、基本要义及其在我国农村的初步实践》，载《农村经济研究参考》，1992 年第 19 期。

② 江夏，《30 年不变：长效“定心丸”》，载《人民日报》1998 年 11 月 2 日。

极扶持，正确引导，逐步完善”。“少数确实具备条件的地方，可以在提高农业集约化程度和群众自愿的基础上，发展多种形式的土地适度规模经营”。因此，社区性股份合作制依然应是我国农地制度改革和农地适度规模经营的一种选择模式。

第三节　理想与嬗变

我国于2001年11月10日加入了世界贸易组织（WTO），按照我国入世协议所作出的承诺，我国将在以下几个方面对农产品贸易进行调整：①扩大市场准入。我国承诺入世后对所有农产品的关税均实行上限约束，并且将算术平均关税率由目前的21%降低到2004年的17%。对于粮、油、棉、糖等敏感商品，我国承诺在入世后取消对外贸的计划管理，改为实施关税配额制度，并且逐步扩大分配给非国营贸易企业的配额比例。②削减出口补贴。我国承诺在入世后不再对任何农产品进行出口补贴。③削减国内扶持。我国承诺，今后的综合支持量将确定为零，并且放弃根据农业协定给予发展中国家的特殊和差别待遇条款扶持农业的权利。今后我国只能在农业协定规定的微量允许范围内支持农业，在最终协议中，我国争取到的微量允许为8.5%。此外我国还在改善动植物卫生措施和技术标准、放弃采取特殊保障措施的权利、允许WTO成员防范从中国进口产品激增的特殊保障措施等方面作出了承诺，在服务贸易和知识产权保护方面所作出的承诺也对农业生产及农产品贸易有一定的影响。[①] 我国目前在农业生产方面的现状和上述承诺相比，可以看到，如果不尽快地对我国农业生产方式加以改革，履行我国在入世之时所作的承诺，将是比较困难和危险的。改革我国农业生产方式的重要方面，就是对于我国农村土地使用制度加以调整。我国实行土地承包责任制至今，现存的农村土地使用制度曾经为我国农业发展和现代化发展事业作出过重要的贡献。在我国加入WTO的背景下，现存的农村土地使用制度是否还适合于今后的农业生产，是否还适合于在新的社会条件下的农业发展，引起了许多学者的思考。“加入WTO后，我国农业生产将走向规模化、企业化和国际化道路，这就要求农村土地产权制度进行适应性的改革。”[②] “加入WTO后，我国农业经营的市场化和规模化倾向将越来越强，势必导致土地的规模经营和集约经营，使农用地的流转更具规模。……应该改革农村土地制度，实行制度创新，适应我国农业规模化、产业化的要求。”[③] 可以说，这些论述代

---

① 柯炳生等著，《WTO与中国农业》，中国农业出版社，2002年第1版，第66－68页。

② 朱道林、董为红，《我国农村土地产权制度如何适应WTO》，载《中国土地》2002年第二期，第18页。

③ 齐伟、东野光亮、张凤荣，《关于土地产权制度和政策体系的建设》，载《中国土地》2002年第一期，第10页。

表着目前学术界关于中国入世后如何调整农村土地使用制度的主导性观点。2002年8月29日我国颁布了《中华人民共和国农村土地承包法》，将农村土地承包制度用法律形式固定下来，确立了农村土地承包经营权的取得和流转制度，目的是赋予农民长期而有保障的土地使用权，维护农村土地承包当事人的合法权益，促进农业、农村经济发展和农村社会稳定赋予农民长期而有保障的土地使用权，维护农村土地承包当事人的合法权益，促进农业、农村经济发展和农村社会稳定。这一法律的出台，有利于农民合法权益的保护，有利于农民加大对农业生产的投入力度，有利于促进我国农业的适度规模经营，在实践过程中，也得到了农民的热烈拥护。从我国农业发展的长远角度考虑，我们却不能停留在目前的已有成绩上，应当看到，我国农村土地使用制度与我国入世之后的严峻形势还有相当的差距，解决这一问题还需要采取更有效的手段，以提高我国农业的生产力和竞争力。

一、我国现行农村土地使用制度与WTO规则要求的不适应之处

我国现行农村土地使用制度是基于中国国情而采取的土地承包经营制度，这一制度将农村土地的集体所有与个人经营相结合，在一定程度上调动了农民的生产积极性，在过去20余年的改革开放进程中，发挥了十分重要的作用。加入世界贸易组织之后，我国目前的农村土地使用制度已不能适应入世之后的形势要求，总结起来有以下几点：

1. 农村土地承包经营制度导致土地划分过细，农民个体生产力有限，无法在越来越激烈的国际竞争中立足。实行20余年的农村土地承包经营制度，直接导致的后果就是农村土地的严重细分，每家每户地进行农业生产，生产规模过于细小；同时，由于农民人力、物力、财力的有限，对土地的投入大多受限于农作物的价格，在农产品生产和销售市场化后，对农民的生产投入会带来一定的影响；农民收入难以在短时期内得到提高，影响到农民对土地的投入。“入世后，一些农产品的进口将增加，从而会相应地降低国内的价格，这也就影响到农民的收入。在一些主产区，影响可能还会较为突出。”[①] 这一因素同样导致了农产品价格的下降，无法保证农业生产的投入。由于农民土地权益，即使在《中华人民共和国农村土地承包法》颁布之后，也未能得到最终的解决，给农民以稳定的土地权益，农民投资和经营土地的积极性还受到一定的限制。农业投入不足，还与农民贷款难有着密切关系，而农民贷款难的问题又是多种因素长期综合作用的结果，一时无法解决。因此，“以目前这种生产规模和经营形式参与国际竞争是难以想像的。”[②]

---

① 柯炳生等著，《WTO与中国农业》，中国农业出版社，2002年第1版，第95页。

② 朱道林、董为红，《我国农村土地产权制度如何适应WTO》，载《中国土地》2002年第二期，第18页。

2. 我国农村现行的土地使用制度，导致无法形成规模经营；即使有些地方、有些农作物品种形成了适度规模经营，但在成本、价格上也并不占优势。一家一户的单独生产，长期以来导致了农村微观经济组织发育不全，生产经营的组织化程度低，过小过细的生产经营者无法担负起国际竞争的任务。农业产业化经营中的政府职能与市场环境还存在许多问题无法解决，单纯依靠发展市场经济所需要的产前、产后环节上的服务形成产业化经营和适度规模经营的做法，依然受制于农业生产规模过于细小、农民收入无法稳定提高的"瓶颈"。由此可见，生产经营的集约化、产业化，服务的社会化，效益农业的形成都要求土地的集约化和规模化，提高农产品质量和效益为中心的农业产业结构调整，相应地要求我国农村土地使用制度的变革。

3. 入世后的形势，要求增加农业生产的竞争力，增加农业生产中的科技含量，加强农业生产的管理，而科技和现代化管理都要求统一的规模经营模式，否则很难形成竞争力，但是我国目前的农村土地使用制度难以适应这一要求。按照我国入世时的承诺，到2004年，农产品的关税要从21.4%下降到17%，这就意味着我国农产品要直接面对境外的农产品竞争，出口更加狭窄，质量规格不一，品种没有特色、缺乏竞争力的农产品将难以实现出口创汇。以我国目前的农产品现状分析来看，入世后将对玉米、小麦、大豆、棉花等大宗农产品的市场冲击较大，由于我国承诺停止对农产品出口补贴，对于主要生产地区如吉林（玉米）和新疆（棉花）影响会较为强烈。[①] 我国目前这些主要产区的农作物价格普遍高于国际市场的价格，同时还存在质量上的明显缺陷，规格品质不统一的问题。有学者指出，在中国农业融入世界农业的大趋势下，农产品上档次、降成本、创名牌，建立起相对稳定的产销关系，需要一段时间，农产品的出口创汇在短期要受到制约。[②] 要解决这些问题，只有用加强农产品的科技含量，提高农业生产的现代化管理的办法，但现在我国农业生产的科技含量极小，高科技农产品和种植方法，农民无法接受，即使在有些地区农民接受，也由于投入大、收益小、成本高而无法大规模推广。显然农业生产的规模偏小是制约农业科技和管理现代化的主要因素。

4. 一些社会学家认为，21世纪的中国农村，将面临着耕地减少、人口增加、就业困难的三大挑战。在面临着这些资源约束和结构约束的前提下，我国农民却因为农业的低收入而对于农业生产失去应有的积极性，耕地的大量抛荒，一直是土地承包经营制度在实施过程中无法解决的难题。在入世谈判中，我国国内农业支持的承诺是，我国黄箱政策的微量允许水平为8.5%，我国还放弃了农业协定6.2条款中的发展中国家可免于削减承诺的三项措施，包括投资补贴、农

---

① 柯炳生等著，《WTO与中国农业》，中国农业出版社，2002年第1版，第100页。
② 李文学，《新世纪中国农村经济兴衰论》，中国农业出版社，2002年1月第一版，第75页。

业投入补贴和停种非法麻醉作物的补贴。[①] 因此，落实和完善粮食购销体制改革和收购保护价政策，增加对粮食生产环节的补贴，保护农民的生产积极性，这些措施在我国入世后已不能使用。此外，由于工业化的发展，城镇的扩张，大量耕地转为非耕地也对耕地总量动态平衡制度和基本农田保护制度造成冲击。农村人口压力、隐性失业和周期性劳动力剩余的现状，仅仅依靠加快小城镇建设、东部先发展地区吸纳部分劳动力和农村户藉改革等措施，其效果并不理想，许多问题难以解决。农村教育和农民素质是提高农业生产力的重要因素，这一"软件"因素，实际上成为长期以来制约我国农业发展的障碍，真正从事农业生产的劳动者没有积极性，科技素质不高，很难想像今后我国农业生产会有良好的竞争力。一方面耕地因各种原因而在急剧减少，另一方面耕地又被大量抛荒，这一反常现象正是我国农村土地使用制度无法适应新形势需要的真实写照。

5. 在农村土地使用制度中，还有许多难题没有解决。例如，农村土地所有权主体及其组织机构还没有明确，农村土地所有权主体的能力和素质还参差不齐；在农村土地承包经营体制下，很难把握农村土地所有权主体和作为农地使用权主体的农民和农户之间的关系。由于这些关系不明确，因此，在土地、资金、技术等资源的分配上，还没能完全按照市场经济的要求去运作，用政府手段配置农业资源的问题还没有得到解决。主要的农产品市场经营者仍然带有很强的计划经济特点，政府管理农业或农村经济的职能没有完全转变过来，对农业生产活动特别是种植业管得仍然较细、较死，特别是在不发达地区更是如此，作为生产经营者主体的农民的自主权还没有完全落实。在农业生产和销售逐渐市场化的形势下，农村土地承包经营制度因其固有的一些弊端，现在已无法适应我国入世之后的新情况，而到了应该变革之时。

二、解决我国农村土地使用制度诸问题的基本原则

从上述分析中，我们可以看到，我国现行的农村土地使用制度已不能与入世后的新情况相适应，反而导致了一些长期以来无法解决的难题。因此，解决这一现状的关键所在，就是从根本上调整我国农村土地使用制度，建立并完善符合新形势要求的农村土地使用制度及其相关配套的法律制度。

我国农村人口和土地总量的矛盾十分突出，在这样人多地少的国家调整农村土地使用制度，以适应 WTO 规则给我们带来的新形势和新情况，应当遵循一些基本原则：

1. 作为人多地少的国家，我国以有限的并且日益减少的耕地，养活占世界 1/5 的人口，这不能说不是一个奇迹。我国的粮食安全问题不容忽视，否则极容易引起严重的社会问题。我国的耕地面积正在日益减少，这里有社会发展的原因，也有自然环境的因素。我国是一个环境日趋恶化的国家，自然因素的损耗

① 柯炳生等著，《WTO 与中国农业》，中国农业出版社，2002 年第 1 版，第 99 页。

使我国耕地现状不容乐观。作为一个走向小康的国家，方方面面的发展都离不开土地，作为强势群体的城市正对农村这一弱势群体的土地采取各种形式进行扩张和占有。因此，有如学者所指出的，我国应该坚持世界上最严格的土地管理制度不动摇，严格按规划用地，严格限制农用地转为建设用地，坚持基本农田保护不动摇，坚持耕地保有量不减少的目标要求。[①] 可以说，这是我国应当一贯坚持的农村土地政策。

2. 与工业化进度相适应，慎重推行土地使用适度规模化。在向工业化社会发展的过程中，如何处理好工业和农业之间的关系，不同的国家有不同的处理办法。我国目前采取了向农业索取各种资源、税赋以支持工业发展的办法，工业向农业的投入不足，可以说，在农村税费改革取得显著成果之前，这一现状难以改变。在我国入世后，形势要求不得不改变现行的农村土地使用制度，采取土地使用权的适度规模化经营，这也是许多学者的共识。正如有学者所指出的，中国应走农业产业化、适度规模经营的路子。美国之所以能在国际农产品贸易竞争中处于不败之地，很重要的原因之一是他们的农业生产效益高。高的农业生产效益又来自于好的管理和规模经营。我国农村大部分地区现在农业经营规模还很小，管理水平还不高，生产效益还很低。很多农民从事的还是自给和半自给的生产，商品生产能力不高。[②] 因此，不采取适度规模化经营办法，在我国入世后的新情况下，是没有出路的。然而，我国是一个人多地少的国家，土地资源十分有限，农村人口就业极为困难，因此，在农地使用权流转，进行土地使用适度规模化经营之时，稍有不慎，就可能为此负出沉重的代价。在工农业都亟待改革和发展的现状下，在法律上处理好权属关系问题，在政策上处理好保护农民利益问题，是解决上述难题的关键。

3. 推进我国农村土地适度规模化经营，应当首先在农村土地使用的法律制度上进行适时调整。我国长期以来，农村土地权属关系不清，农村土地所有权和使用权的法律关系不明，由此导致了一系列的纠纷和整个农业发展的各种问题。因此，在法律制度上已到了进行调整之时，应当加强农村土地使用制度改革力度，推进农村土地承包经营权向物权化发展，允许土地承包权转让、出让、抵押。令人感到欣喜的是，我国《农村土地承包法》的出台，有助于稳定农村土地承包经营权，也允许通过家庭承包取得的土地承包经营权可以依法采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转。农村土地承包经营权有向物权转化的趋势，但农村土地承包经营权毕竟不是法律意义上的用益物权，而且《农村土地承包法》也没有对于农村土地的适度规模化经营提出具体的解决办法。《农

① 齐伟、东野光亮、张凤荣，《关于土地产权制度和政策体系的建设》，载《中国土地》2002 年第一期，第 9—10 页。

② 聂闯，《美国农业》，中国农业出版社，1998 年 8 月第一版，第 106—107 页。

村土地承包法》仅仅规定了通过家庭承包取得的农村土地承包经营权可以依法转包、出租、互换、转让或者以其他方式流转，这一规定还不足以在农村土地适度规模化经营过程中依然有许多具体问题无法解决，而农村土地适度规模化经营恰恰是我国今后农业发展的必由之路。因此，如何建立并完善一套适应我国农村土地适度规模化经营的土地使用法律制度，就显然十分必要和紧迫。

4. 农业产业化经营中的政府职能与市场环境。我国农业产业化经营过程中，政府的职能应从管理向服务转变，应当加强农业税费改革力度，并且应当转变对农民的支持方式，减少“黄箱”政策支出，按照WTO农业协定的规定，“黄箱”政策主要包括以下政策措施：价格支持；营销贷款；按产品种植面积补贴；牲畜数量补贴；种子、肥料、灌溉等投入补贴；对贷款的补贴。我国在这一方面承诺减少对农业的国内支持。我国可以加大各种“绿箱”政策支出，如政府的一般服务，如研究、病虫害防治、培训服务、推广和咨询服务、检验服务、营销和促销服务、基础设施服务等；还可以进行食物安全储备、国内食品援助、不挂钩的收入支持、自然灾害救济、在收入保险方面的补贴、对生产者退休计划的结构调整资助、资源停用计划的结构调整援助、对结构调整提供的投资补贴、为保护环境所提供的补贴、地区性援助等。这些政策同样会大大促进农业的发展和农民收入的改善。此外，提高劳动者的素质，是我国农业发展的重要因素，没有劳动者素质和教育的提高，就不可能造就我国的现代化农业。在金融领域，采取各种措施以满足农民贷款需要，提高农业投入量，也应当是今后政府职能和政策转变的重点所在。

三、我国农村土地使用制度的调整

基于上述农村土地使用制度改革必须遵循的基本原则，可以说，在我国调整农村土地使用制度的重心，应当放在农地使用权的改革之上。在改革农地使用权之时，应遵循民事权利的基本原则和基本理念，只有这样，才是公平合理的解决之道，人心顺则改革事业可成，才不至于因改革而带来更复杂的社会纠纷。

为了与入世的情况相接轨，应当加强我国农产品的竞争力，我国农业再也不能满足于类似自然经济的农业生产模式，应当在加强农产品生产的科技含量的前提下，增强工业发展对农业生产所提供的支持力度，大力提高农业生产的管理水平，将土地集中起来，进行集约化生产，以提高我国的农产品的竞争力。

为此，应当在保障我国农村低收入者的基本生活水平的前提下，将土地进行适当集中，以农场模式或在富有经验的农业生产者的带领下，由专业人员进行经营。为了达到这一目的，采取土地使用权的股份化是非常必要的。在实践中，有出现了一些农地使用权股份化的做法，这些作法都取得了很好的效果。如2001年6月，四川省宜宾市南溪县的24户农民在协议书上签字，将各自承包的土地以股份的形式集合起来，实行公司化经营。这种被称为“股田制”的创

举，将土地入股办起土地股份公司，受到了学者的重视。[①] 当前，农民大量外出务工，承包地转包难。现在有了“股田制”，农民把“包袱”变成“股份”，不但有收益，还可以分红。“股田制”已经破解了我国近年农村土地流转中的一系列难题。四川省农村经济研究所所长郭晓鸣对此给予了肯定，他认为这种做法“至少是有意义的一次探索”。他认为，家庭联产承包责任制是以单个家庭为基本生产单位的分散经营，在这种分散经营形式下，农民获得市场需求信息、使用新型技术的成本和风险都要比规模化集中经营高得多，农民不愿意轻易生产新品种、轻易尝试使用新技术。长期以来，我国农民就只能生产一些品种老化、技术简单的农产品，虽然没有多少风险，然而也卖不到好价钱。而南溪县农民此举一方面可通过扩大经营规模，降低生产、交易和获得市场信息的成本；另一方面，生产达到一定规模之后，有能力聘请专业技术人员，生产新品种、采用新技术，从而提高土地生产效率。郭晓鸣认为，它代表在新的历史背景下中国农业经营方式变革的一个基本方向。尤其是在中国加入 WTO 后，农村、农业和农民面临着前所未有的挑战，表面看是国外农产品的大量进入，实质上则是我国大量超小规模的农户分散经营体制如何应对国外实力强大的农业公司的挑战。四川省南溪县农民的这一步跨得很大，甚至有点“离经叛道”的味道。土地股份公司从表象上看是一种新的土地流转形式，但实质上是农民以土地承包权自愿入股建立的股份合作制，是中国现有条件下农民对合作制的一种创新。[②]

完善农地使用权的股份制，是解决目前我国农村土地适度规模化、符合民事权利基本原则和基本理念的良好方法，它有助于建立并完善我国农村土地使用的物权法律制度，有利于使我国农业生产经营适应入世后的严峻形势，也有利于解决我国目前在农村土地承包经营制度下出现的各种难题。

建立和完善我国农地使用权股份化，可以采取以下的做法：将农村土地分为口粮田和经营田，口粮田归农民自种自收，用于保障农民个人基本生活水平，这是对大多数农村村民，他们作为整个社会的低收入群体的基本生活问题的保障；经营田则先使之平均化，归农民平均享有农地使用权，并将这一农地使用权转化为股份，由享有股份的农民进行投资入股，组建农场，选任富有经验的农业生产者进行经营，农民中有经验者可以进入农场作农业工人，也可以自由

① 2001 年 6 月，在“罗龙养殖有限公司”董事长兼总经理郭忠的发起下，南溪县杉木村 6 组的 24 户农民集体签约，将各自的土地承包经营权以股份的形式集中起来成立公司，公司股份每股作价 5000 元，每亩土地按一年产出 400 元折算，不够一股的可以用零工补足；此外，农户也可以现金入股，公司组建阶段的技术人员和务工人员还可以将工资折算入股。很快，一个占地 8000 平方米的养殖场建起来了，公司买进优质种兔、南溪白鹅和 1 万尾鱼苗进行养殖。杉木村的农民不用洗脚上田，就当起了股东。经营的压力使养殖公司的股东们现在每天忙的是找项目、跑市场、请专家、学技术等。通过这种土地股份制公司，农民提高了自身的素质，增强了市场竞争意识。参见 http: // news.163.com/editor/020801/020801_484225.html

② 参见 http: //news.163.com/editor/020801/020801_484225.html

选择其他工作场所；也可以由全体村民自行决定，选择由何人参加农业劳动，成为农业工人。由于农业工人的劳动能力，直接牵涉到每一股东的利益，因此，不必担心会有无法选择出农场劳动人员的事情发生。每年农场收入，按股分红，每个农民可以得到金钱收益。这样，将土地转化为投资资本，农民也没有失去口粮田；对于经营田，每一农民均享有农地使用权，只不过将该农地使用权股份化，农民不再有丧失土地使用权的忧虑，以农场模式进行土地集中经营，并在此基础上可以使每一农户得到一定的金钱收益。

农场选任农业生产经营者，可以并不局限于本村村民，可以将其他省市或其他村庄的农民选任为农场的经营者，还可以选任农业科技人员作为农场的经营者，以提高农业生产的科技含量。这样有助于提高农业生产的科技含量，打破村与村之间、甚至城市和乡村之间的界限，一方面可以解决农村劳动者素质在短期内无法提高问题，另一方面农业科技人员作为农场经营者，有利于将先进的农业生产技术应用在农业生产当中。农村土地可以在股份平均化或相互折算土地股份的前提下，相邻村庄进行合理规划，将口粮田和经营田的位置进行统一调整，将经营田连片，进行机械化耕作，提高农业科技的应用和农业现代化管理水平。农民的口粮田（包括自留田），如果愿意入股，可以将其转化为股份，加入经营田之中。

农民在经营田上的股份是否可以转让，笔者认为，为防止农民自身利益受损，经营田上的农地使用权以不允许转让为宜，这样，能够使农民至少保有一部分财产，对于作为低收入群体的农民来说，这也体现出我国农村土地的福利性政策。相邻村庄的农民可以用农地使用权进行入股，共同组成农场进行经营，但农民在经营田中的股份不可以转让，以保障农民享有长期稳定的农村土地权益。如果农地使用权不允许转让，而农地使用权的股份可以转让，则同样达不到保护农民土地权益的效果，因此，农地使用权的股份亦不可转让。经营田进行抵押，还为时过早，农场经营者可以用其他不动产进行抵押；在时机成熟时，当农业人口比重下降，农地使用权及其股份有转让的可行性之时，经营田也可以抵押，但债权人或贷款银行向受让人出售或拍卖经营田时，受让人只能是其他农场，以便它们继续从事农业生产，从而防止将农田转为他用，损害农民利益和农业生产的情况发生。

对于农村新增人口及外来人口需用土地问题，村集体经济组织可以将土地分为口粮田、经济田和机动田三种类型，其中机动田可作为农村增加人口、外来人口及流动人口用地。农场在进行规模化经营之时，可以较一般小农户更容易进行垦荒，所花费成本更少，效益更高，从而有利于增加耕地面积。此外，还应当加强农村计划生育，防止为了得到更多的股份而进行多生育的现象，应当规定，超过计划生育的人口不得平均分得土地，不能得到土地使用权的股份。应当以现有人口数量为准，使农地用权所转化的股份保持稳定性。农村中新增

加的人口可以用机动地、开垦地、口粮田的分配进行小幅调整。

在农场管理方面，每一农民均享有投票权、选举权、管理权、监督权。遇有重大事宜，由全体农民以农地使用权的股东身份进行投票决定，日常事务由农场经营者组建的经营者组织进行管理和经营，由村民进行监督。

在我国实行农地使用权的股份化，是有其现实意义和合理性的。

首先，农村土地需要适度规模经营，但不能因为土地集中而导致农民利益受损，导致国家正常社会秩序出现震荡和变化，因此，《农村土地承包法》第42条规定，承包方之间为发展农业经济，可以自愿联合将土地承包经营权入股，从事农业合作生产。笔者认为，采取农地使用权的股份化的办法，有助于解决这一问题，这一做法，应当在我国农村大力发扬和推广。农地使用权的股份化，能够保障农村土地的合理利用，保护农民的基本生活水平，同时使农民通过农业生产经营获得收益。我国《农村土地承包法》在确定了农民土地承包经营权的期限的同时，试图赋予农民长期而有保障的土地使用权，但是《农村土地承包法》在农村土地承包经营权的流转问题上，仅规定了土地承包权可以流转，而对于农村土地承包经营权流转后，农村土地适度规模经营的模式问题，没有给出解决的答案；对于今后农村土地的不合理集中和对于农民利益的损害，社会秩序的破坏等问题没有很好地予以解决。农地使用权的股份化，则可以很好地解决上述问题，它既保障农民土地的福利性政策，又保障农民在工业化社会发展过程中，在失业率居高不下的社会环境中，享有福利性的不可或缺的土地使用权。这在向工业化社会过渡的进程中，在农业人口一时不会大量减少的中国社会，具有十分重要的意义。在实践中，农地使用权的股份化，可以适用于各种土地耕作、水面养殖、草原承包、植树造林等农业生产的各种形式，其适用是十分灵活的，符合我国目前农村和农民的实际情况。

其次，有的专家在分析了改革开放20年来我国经济出现结构性变化的特征和当前农村消费市场发展的状况后，指出政府应该动用财政力量，在全国范围内发起一场以实现农村自来水化、电气化、道路网络化为核心的新农村运动，加快农村基础设施建设，以此启动国内需求，刺激国民经济增长。这种从制约农村消费市场发展的条件出发，通过改善农村的基础设施条件开拓农村消费市场的观点，是十分正确的。[①] 农村工业化为农业现代化积累物质条件，农村城镇化为农业现代化创造良好的经济和社会环境，农民知识化为农业现代化提供智力支持和技术保障。[②] 在保障农民基本生活水平的前提下，实行农地使用权的股份化，提高农业生产的科技含量，提高农业生产的管理水平，从而在激烈的国

① 宋洪远等著，《中国农村经济分析和对策研究》，中国农业出版社，2001年12月第一版，第74页。

② 李文学，《新世纪中国农村经济兴衰论》，中国农业出版社，2002年1月第一版，第44—48页。

际竞争中，增强农业的竞争力，提高农民素质，解决农民收入问题，促进农村向城镇的转化，加快城镇化进度，刺激农村市场消费，同时，由于农民收入的增加，带动和促进我国工业化的发展。采取农地使用权股份化，这些都是可以期望达到的结果。农地使用权的股份化，已成为我国入世后提高竞争力的一条必由之路。

第三，目前我国南北各地正在形成农作物分区划带的格局，这也必然要求农地使用权股份化。正如有学者所指出的，经济类作物面积继续扩大、优质专用农产品生产规模扩大，作物品种逐步向优势产区集中，大规模的种植区、种植带正在形成。[①] 农业生产依气候区域而必然具有分区划带的特点，这是农业生产的特殊之处。正因为如此，将适宜种植相同作物的土地集中起来，连片生产和管理，更符合客观规律。重视农业生产的合理区划和作物的合理分布，有利于农业实施机械化集约经营，有利于实现农业的专业化和管理的现代化，有利于推广农业科技新产品和新技术，也有利于充分合理地利用资源优势。

有学者认为，目前以“口粮田”和“经济田”（责任田、经营田）等的划分方法，已被国家认定为是错误的，是否还应当实行“两田制”或“三田制”的划分。中共中央办公厅、国务院办公厅《关于进一步稳定和完善农村土地承包关系的通知》（中办发［1997］16号1997年8月27日）提出要整顿“两田制”，但当时“两田制”的划分是为了解决负担不均和完成农产品定购任务难等问题，而且有些地方搞的“两田制”实际上成了收回农民承包地、变相增加农民负担和强制推行规模经营的一种手段。因此，中央不提倡实行“两田制”。没有实行“两田制”的地方不要再搞，已经实行的必须按中央的土地承包政策认真进行整顿。采取真正的土地承包经营模式，还农民以土地承包经营权。但在同时，该通知又指出，少数经济发达地区，农民自愿将部分“责任田”的使用权有偿转让或交给集体实行适度规模经营，这属于土地使用权正常流转的范围，应当允许。但必须明确农户对集体土地承包权利不变，使用权的流转要建立在农民自愿、有偿的基础之上，不得搞强迫命令和平调。显然，“两田制”并不是不可以，而是有些地方在实行“两田制”之时走了样，损害了农民的利益。笔者认为，在实行农地使用权的前提下，进行农地使用权股份化改革，在这一过程中，可以实行农村土地的“两田制”，以切实保障农民的基本生活水平。这是在保障农民应当享有的农地使用权的基础上，实行的“两田制”，而不是对于国家政策的违反。此外，根据农业部农村经济研究所2001年31省固定观察点汇总数据表明，2001年年末人均经营口粮田为0.95亩，责任田为4.41亩[②]，从中可以看出，

① 宋洪远等著，《中国农村经济分析和对策研究》，中国农业出版社，2001年12月第一版，第157页。

② 参见 http://www.rcre.org.cn/sjzl/sj3.htm

我国东、中、西部还有许多地区在实行“两田制”，而且口粮田和责任田的比例大体为1:3，东部、中部和西部的人均口粮田分别是0.82、1.20、0.77，在稳定农村人口基数的前提下，目前实行农地使用权的股份化，实行“两田制”是可行的，而且具有现实基础。

综上所述，我国入世以来的形势决定了我国必须改革现行的农村土地使用制度。在《中华人民共和国农村土地承包法》颁布以后，为解决《农村土地承包法》规范不明的农地使用权的流转中发生的诸多问题，为提高我国农业生产的科技含量和国际竞争力，我国农业必须走土地适度规模化经营的路子。因此，在农地使用权的法律制度上进行改革，将农地使用权股份化，一方面从法律权利上，有助于明晰产权关系，另一方面又能够保障在农村土地集中过程中，不引发复杂的社会纠纷，从而为我国工业化进程提供稳定的农业支持和持续有效的国内消费市场环境。

后　　记

本文通过对土地使用权制度诸方面的探讨和研究，试图对于我国土地使用权制度加以进一步的理解和分析。在土地制度发展过程中，如何吸收和借鉴传统民法理论中的用益物权制度，又不脱离我国的现实国情，从而建立起符合我国社会经济发展要求的土地使用权制度，是我国物权制度发展的一个重要方面。本文对于土地使用权制度的基本特征及其对我国土地制度的意义和作用进行了论述，进一步研究了大陆法系国家土地用益物权制度的演进过程，对于我国土地使用权制度建立所应遵循的基本原则及理念，以及土地使用权的权利体系加以具体研究。在此基础上，对于土地所有权和土地使用权的权利义务关系方面着重进行了论述，一方面对于国家土地所有权和集体土地所有权的主体或其代表机关问题作了研究，这样才能够解决土地使用权设立中的民事主体问题；另一方面对于土地使用权人之权利义务关系加以研究，以解决在土地使用权人权利义务设置中会遇到的矛盾和问题。本文正是为此目标而进行了土地使用权制度的研究和写作。笔者期望本文所提出的一些想法、见解或结论能够为我国土地使用权制度的日益完善并最终建立作出一定的贡献。

在三年攻读博士学位期间，特别要感谢导师杨振山教授，在我的学习和生活上都得到杨老师的关怀，在论文写作过程中，对于论文的选题、研究方法、结构等方面都给予了全面深入的指教。江平教授的言传身教，使我受教良多，在此谨向杨老师、江老师致以深深的敬意和谢忱。

在论文写作过程中，王涌博士、张远忠博士、江帆博士等都给了我很多帮助，田士永博士及时提供了很多资料，对他们的帮助，在此致以诚挚的谢意。

在搜集资料和写作过程中，笔者多次到原国家土地管理局、规划设计院、农业部等部门进行了社会调查，得到了实际工作同志的热情帮助，对他们的支持谨致诚挚的感谢。

参考书目

1 马克思．剩余价值理论．马恩全集：第26卷第3册．北京：人民出版社，1974
2 马克思．论土地国有化．马恩全集：第18卷．北京：人民出版社，1964
3 马克思，巴枯宁．《国家制度和无政府状态》一书摘要，马恩全集：第2卷
4 恩格斯．反杜林论．马恩全集：第20卷．北京：人民出版社，1971
5 列宁．列宁全集：第2卷．北京：人民出版社，1984
6 列宁．列宁全集：第16卷．北京：人民出版社，1988
7 陶希晋．民法简论．石家庄：河北人民出版社，1985
8 佟柔主编．民法原理．第2版．北京：法律出版社，1987
9 佟柔主编．民法总则．第2版．北京：中国政法大学出版社，1990
10 张俊浩．民法学原理．北京：中国政法大学出版社，1991
11 彭万林主编．民法学．北京：中国政法大学出版社，1994
12 周枏．罗马法原论．北京：商务印书馆，1994
13 由嵘．日耳曼法简介．北京：法律出版社，1987
14 梁慧星主编．中国物权法研究．北京：法律出版社，1998
15 梁慧星，王利明．经济法的理论问题．北京：中国政法大学出版社，1986
16 王利明．国家所有权研究．北京：中国人民大学出版社，1991
17 王利明．物权法论．北京：中国政法大学出版社，1998
18 孙宪忠．德国当代物权法．北京：法律出版社，1997
19 孙宪忠．国有土地使用权财产法论．北京：中国社会科学出版社，1993
20 尹田．法国物权法．北京：法律出版社，1998
21 王卫国．中国土地权利研究．北京：中国政法大学出版社，1997
22 赵红梅．房地产法论．北京：中国政法大学出版社，1995
23 吕来明．走向市场的土地．贵阳：贵州人民出版社，1995
24 崔建远．中国房地产法研究．北京：中国法制出版社，1995
25 孔祥俊．中国集体企业制度创新．北京：中国方正出版社，1996
26 王家福，黄明川．土地法的理论与实践．北京：人民日报出版社，1991
27 南路明，肖志岳．中华人民共和国房地产法律制度．北京：中国法制出版社
28 周岩，金心．土地转让中的法律问题．北京：中国政法大学出版社
29 汤树华．房地产审判实务与疑难案例评析．北京：法律出版社，1992
30 许明月．抵押权制度研究．北京：法律出版社，1998

31 林增杰，沈守愚．土地法学．北京：中国人民大学出版社，1989
32 房维廉．中华人民共和国城市房地产管理法释义，第2版．北京：人民法院出版社，1995
33 李志敏．中国古代民法．北京：法律出版社，1988
34 梁治平．清代习惯法：社会与国家．北京：中国政法大学出版社，1996
35 刘隆亨．经济法概论，第4版．北京：北京大学出版社，1997
36 刘瑞复．新经济法论．北京：中国政法大学出版社，1991
37 谢次昌．国有资产法．北京：法律出版社，1997
38 郑定．台湾的经济发展与法律调整．北京：中国政法大学出版社，1997
39 陈洪博．土地科学词典．南京：江苏科学技术出版社，1992
40 丁之江．土地经济理论与实践．杭州：杭州大学出版社，1992
41 苏璧耀．土地资源学．南京：江苏教育出版社，1994
42 毕宝德．土地经济学．北京：中国人民大学出版社，1991
43 林培主编．土地资源学．北京：北京农业大学出版社，1991
44 谢应齐，杨子生．土地资源学．昆明：云南大学出版社，1994
45 金郑沛主编．土地管理概论．杭州：浙江科学技术出版社，1993
46 郝晋珉．土地利用控制．北京：中国农业科技出版社，1996
47 土地制度研究．武汉：武汉出版社，1993
48 胡文政．地产供求与中国的经济发展．西安：陕西人民出版社，1995
49 王亚南．资产阶级古典政治经济学选辑：第2版．商务印书馆，1979
50 孙炳辉，郑寅达．德国史纲．上海：华东师范大学出版社，1995
51 丁建弘，陆世澄．德国通史简编．北京：人民出版社，1991
52 赖泽源．比较农地制度．北京：经济管理出版社，1996
53 马克尧．英国封建社会研究．北京大学出版社，1992
54 陈曦文．英国16世纪经济变革与政策研究．北京：首都师范大学出版社，1995
55 朱寰主编．亚欧封建经济形态比较研究．东北师范大学出版社，1996
56 张宇燕．经济发展与制度选择——对制度的经济分析．中国人民大学出版社，1992
57 林毅夫．关于制度变迁的经济学理论：诱致性变迁与强制性变迁．见：财产权利与制度变迁．三联书店，1994
58 杨继瑞．中国城市用地制度创新．四川大学出版社，1995
59 乌廷玉．中国租佃关系史．吉林文史出版社，1992
60 清代地租剥削形态．中华书局，1982
61 杨国祯．明清土地契约文书研究．人民出版社，1988
62 陈翰笙，冯峰．解放前的地主与农民——华南农村危机研究．中国社会科学

出版社，1984
63 李文治．明清时代封建土地关系的松懈．中国社会科学出版社，1993
64 吴惕安等．当代西方国家理论评析．陕西人民出版社，1994
65 城镇不动产市场经济问题．南京出版社，1993
66 张朝尊主编．中国社会主义土地经济问题．中国人民大学出版社，1991
67 社科院财贸经济研究所．中国城市土地使用与管理（总报告）．经济科学出版社，1992
68 刘志诚．社会主义税收管理若干问题．中国财政经济出版社，1992
69 苏星．我们农业的社会主义改造．人民出版社，1980
70 李成瑞．中华人民共和国农业税史稿．财政出版社，1959
71 王琢，许浜．中国农村土地产权制度论．经济管理出版社，1996
72 林毅夫．制度、技术与中国农业发展．三联书店，1994
73 杨坚白主编．合作经济学概论．中国社会科学出版社，1990
74 秦柳方，陆龙文．国外各种经济合作社．社科文献出版社，1989
75 李仁峰等主编．苏联东欧各国农业合作组织章程条例汇编．经济科学出版社，1984
76 汪海粟．社区合作经济论．经济科学出版社，1996
77 徐敬君，汝莹．城市土地资源的配置和利用．云南人民出版社，1993
78 张秉忱，陈吉元．中国城市化道路宏观研究．黑龙江人民出版社，1991
79 高佩义．中外城市化比较研究．南开大学出版社，1991
80 郑荣禄．中国城市土地经济分析．云南大学出版社，1997
81 杜建人．日本城市研究．上海交通大学出版社，1996
82 张仲敏．城市建设经济学．中国财政经济出版社，1990
83 赵尚朴主编．城市土地使用制度研究．中国城市出版社，1996
84 史全生主编．台湾经济发展的历史现状．东南大学出版社，1992
85 毛育刚．台湾土地改革之经济研究．见：台湾农业发展论文集，台北：联经出版事业公司，1975
86 丁济霁主编．国外农业经济．中国人民大学出版社，1987
87 金明善．现代日本经济论．辽宁大学出版社，1996
88 王春鹰，姜志遥．日中农业发展比较——战后日本的经验及对中国的启示．辽宁人民出版社，1995
89 尹保云．韩国的现代化——一个儒教国家的道路．东方出版社，1995
90 吴春波，郭国庆．成“龙”的奥秘——韩国经济腾飞透析．中国人民大学出版社，1993
91 刘旭明．韩国经济发展道路．东方出版社，1995
92 四川大学南亚研究所．印度经济．人民出版社，1982

93 赵和曼．越南经济的发展．中国华侨出版社，1995
94 韩琦．拉丁美洲经济制度史论．中国社会科学出版社，1996
95 金计初，陆国俊．拉丁美洲现代化．四川人民出版社，1992
96 杨敬年主编．西方发展经济学文献选读——第三世界国家发展理论与实践综合分析．南开大学出版社，1995
97 文贯中主编．中国当代土地制度论文集．湖南科技出版社，1994
98 黄宗智．中国农村的过密化与现代化：规范认识危机及出路．上海社会科学出版社，1992
99 李国鼎．台湾经济高速发展的经验．东南大学出版社，1993
100 宋洪远主编．中国农村经济形势分析和对策研究．中国经济出版社，1998
101 陈雨露，沈承刚．中国农村股份合作制导论．北京经济学院出版社，1996
102 李大胜，刘业华．深圳农村股份合作制研究．中山大学出版社，1994
103 林玉萍主编．万丰村的共有制之路．中国社会科学出版社，1998
104 史尚宽．民法总论：第3版．1980年1月
105 史尚宽．物权法论．1957年
106 史尚宽．民刑法论丛．1973年2月
107 史尚宽．土地法原论．正中书局，1975年2月
108 郑玉波．民法总则：第11版．1979年11月
109 陈朝璧．罗马法原理：第3版．1979年12月
110 姚瑞光．民法物权论．1988年9月
111 梅仲协．民法要义．1963年10月
112 王去非．民法物权论．1948年3月
113 戴炎辉．中国法制史．1979年
114 陈钪雄．民法总则新论．1982年3月
115 董世芳．民法概要：第2版．1978年6月
116 陈铭堂．中国现行法制之精神及发展．1982年10月
117 张龙文．民法物权实务研究．1977年6月
118 谢在全．民法物权论：修订版，1995年9月
119 戴东雄．中世纪意大利法学与德国的继受罗马法．1981年10月
120 刘得宽．民法诸问题与新展望：第2版．1980年11月
121 焦祖涵．土地法释论：第6版．1983年9月
122 李宗锷．香港房地产法．香港：商务印书馆．1988
123 ［美］伊利，莫尔豪斯．土地经济学原理．商务印书馆，1982
124 ［意］彼德罗·彭梵得．罗马法教科书．黄风译，中国政法大学出版社，1992
125 ［意］朱塞佩·格罗索．罗马法史．黄风译，中国政法大学出版社，1994
126 ［法］马克·布洛赫．法国农村史：第3版．余中先译，商务印书馆，1997

127 [法] 雷吉娜·佩尔努．法国资产阶级史．康新文等译，上海译文出版社，1991
128 [法] 乔治·勒费弗尔．法国革命史．顾良等译，商务印书馆，1989
129 [英] 阿萨·勃里格斯．英国社会史．陈叔平等译，中国人民大学出版社，1991
130 约瑟夫·库利舍尔．欧洲近代经济史．石军，周莲译，北京大学出版社，1990
131 [美] 哈罗德·J·伯尔曼．法律与革命．中国大百科全书出版社，1993
132 [法] 茹利欧·莫兰杰尔．基本物权．见：外国民法资料选编．法律出版社，1983
133 [澳] 瑞安．民法的发展．见：民法的体系与发展．李静冰主编．中国政法大学出版社，1991
134 [英] 梅因．古代法．沈景一译，商务印书馆，1995
135 [美] 泰格，利维．法律与资本主义的兴起．纪琨译，学林出版社，1996
136 [日] 石田文次郎．土地总有权史论．印斗如译，1959 年 2 月
137 [美] 格伦顿等．比较法律传统．米健等译，中国政法大学出版社，1993
138 柏拉图．理想国．郭斌和，张竹明译，商务印书馆，1995
139 亚里士多德．政治学．吴寿彭译，商务印书馆，1996
140 [英] 托马斯·莫尔．乌托邦：第 2 版．戴镏龄译，商务印书馆，1982
141 [英] 约翰·穆勒．政治经济学原理．赵荣潜等译，商务印书馆，1991
142 [法] 莱昂·瓦尔拉斯．纯粹经济学要义．蔡受百译，商务印书馆，1989
143 [英] 詹姆斯·E·米德．效率、公平与产权．施仁译，北京经济学院出版社，1992
144 [美] 约翰·罗尔斯．正义论．谢延光译，上海译文出版社，1991
145 [法] 凡勃伦．有闲阶级论．商务印书馆，1963
146 [美] 康芒斯．制度经济学．商务印书馆，1994
147 [美] 道格拉斯·C·诺思．经济史中的结构与变迁．陈郁等译，三联书店，1994
148 [美] 米尔顿·弗里德曼．资本主义与自由．商务印书馆，1986
149 [德] 路德维希·艾哈德．来自竞争的繁荣．祝世康、穆家骥等译，商务印书馆，1994
150 [美] 贝特兰·罗素．权威和个人．中国社会科学出版社，1990
151 [美] 保罗·A·萨缪尔森．经济学．高鸿业等译，中国发展出版社，1992
152 [美] A·S·马瑟．土地利用．中国财政经济出版社，1991
153 [德] 拉德布鲁赫．法学导论．米健等译，中国大百科全书出版社，1997
154 [美] 约翰·亨利·梅利曼．大陆法系．知识出版社，1984

155 [日]美浓部达吉．公法与私法．商务印书馆，1937
156 [德]施米托夫．国际贸易法文选．中国大百科全书出版社，1993
157 [日]江上勋．经济法·禁止垄断法概论．见：经济法．知识出版社，1982
158 [苏]B·B·拉普捷夫．经济与法．董晓阳，张达楠译，法律出版社，1988
159 [德]黑格尔．法哲学原理．范扬，张企泰译，商务印书馆，1995
160 [法]莱翁·狄骥．宪法论．钱克新译，商务印书馆，1959
161 [奥]凯尔森．法与国家的一般理论．沈宗灵译，中国大百科全书出版社，1996
162 [苏]科托夫．农业集体化．启华译，人民出版社，1954
163 [苏]н·д·卡赞采夫，и·B·巴甫洛夫等．集体农庄法．中国人民大学出版社，1957
164 R·E·帕克等．城市社会学．华夏出版社
165 F·M·罗吉斯，G·J·伯德格．农村社会变迁．浙江人民出版社
166 [日]都留重人．日本的资本主义——以战败为契机的战后经济发展．复旦大学出版社
167 吴国庆．土地资源利用合理性评价原则：指标体系及其立法初探．见：国土与自然资源研究．1991
168 杨继瑞．开发城市地产业的理论思考．见：中国社会科学．1990（2）
169 李微．土地制度创新与农业发展．见：通向二十一世纪的中国农业：农民组织、农业制度、农村发展．中国农业出版社，1995
170 段匡．德国、法国以及日本法中的物权法定主义．见：民商法论丛（7）
171 房绍绅，丁海湖，张洪伟．用益物权三论．见：中国法学．1996（2）
172 杨立新，尹艳．我国他物权制度的重新构造．见：中国社会科学，1995（3）
173 温世扬．略论中国民法物权和体系．见：法学，1997（6）
174 罗伯·萨维．法国法律上的经济法概念．见：法学译丛，1983（5）
175 小杉荣一．经济法．见：法学译丛，1984（1）
176 史际春．社会主义市场经济与我国的经济法．见：中国法学，1995（3）
177 林晓镍．民法界限的超越与经济法．见：河北法学，1997（2）
178 甘藏春．必须采取世界上最严格的措施管理土地．见：中国土地科学，1997（11）
179 徐晓松．国有资产保值增值的难点及法律对策．见：中国法学，1996（6）
180 市场经济下的国有城市土地产权制度．见：中国土地科学，1994（6）
181 杨承训，余大章．论列宁从共耕制到合作制的战略思想转变．见：中国社会科学，1984（2）
182 韩元钦．合作经济是劳动者约定共营制经济．见：经济研究，1987（1）

183 范小建等．合作理论·合作运动·合作政策．见：农村经济文稿，1991（7）
184 马俊驹．论合作社与集体所有制的基本问题．见：政法论坛，1990（4）
185 康德琯．论合作经济与集体所有制的基本问题．见：政法论坛，1990（4）
186 《农村合作经济》课题组．对农村合作经济的动向和趋势的认识．见：农业经济问题，1985（8）
187 史际春．再论农村土地所有权之主体——兼与刘守豹同志商榷．见：现代法学，1991（6）
188 史际春．论集体所有权的概念．见：法律科学，1991（6）
189 韩松．我国农民集体所有权的享有形式．见：法律科学，1993（3）
190 刘云亚．试析我国城市土地配置机制对城市建设的影响．见：中国房地产，1998（3）
191 罗龙昌，袁贤祯．盘活存量土地资产与划拨土地使用权市场．见：中国房地产，1997（10）
192 凌相权，李朝晖．试论抑制土地投机行为的法律对策．见：法学评论，1994（4）
193 颜智龙．统一规划农宅用地．见：中国土地，1996（4）
194 王登正．农村宅基地管理存在的问题及对策．见：中国土地，1997（12）
195 汪冬莲．阜阳：宅基地革命．见：中国土地，1996（5）
196 王文彬，任路平．对农村集体土地入市问题的探讨．见：当代房地产，1997（4）
197 黄守宏．论市场经济条件下农业的基础地位．见：经济研究，1994（4）
198 薄伟康．论联产承包责任制的合理内核．见：经济研究资料，1997（119）
199 张毅，董万祥．我国农地使用权流转13种形式的适用性．见：经济研究资料，1996（4）
200 裴长洪．制约土地集中的因素和对顺义方式的思考．见：经济研究，1987（12）
201 章琳，郭明．农业的规模经济与农业的规模经营．见：经济研究，1989（8）
202 严瑞珍．农业产业化是我国农村经济现代化的必由之路．见：经济研究，1997（10）
203 陈甦．土地承包经营权物权化与农地使用权制度的确立．见：中国法学，1996（3）
204 龚启圣，刘守英．农民对土地产权的意愿及其对新政策的反应．见：中国农村观察，1998（2）
205 许平．婚姻流动与农村妇女的土地使用权保护．见：中国农村观察，1997（1）

206 宋洪远．“米袋子”省长负责制及其对粮食生产、流通和宏观调控的影响．见：中国农村观察，1997（2）
207 黄少安．中国农村股份合作制中的“准土地股权”．见：经济研究，1995（7）
208 任全珠．股份制：历史起源、基本要义及其在我国农村的初步实践．见：农村经济研究参考，1992（19）